

Entre coacción y colaboración

Verdad judicial,
actores económicos y
conflicto armado en Colombia



Sabine Michalowski
Nelson Camilo Sánchez León
Daniel Marín López
Alejandro Jiménez Ospina
Hobeth Martínez Carrillo
Valentina Domínguez Mazhari
Lina María Arroyave Velásquez

ENTRE COACCIÓN Y COLABORACIÓN

VERDAD JUDICIAL, ACTORES ECONÓMICOS
Y CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA

Entre coacción y colaboración

Verdad judicial,
actores económicos
y conflicto armado en Colombia

Sabine Michalowski
Nelson Camilo Sánchez León
Daniel Marín López
Alejandro Jiménez Ospina
Hobeth Martínez Carrillo
Valentina Domínguez Mazhari
Lina Arroyave Velásquez

Colección
Dejusticia



Sabine Michalowski, Nelson Camilo Sánchez León, Daniel Marín López,
Alejandro Jiménez Ospina, Hobeth Martínez Carrillo,
Valentina Domínguez Mazhari, Lina Arroyave Velásquez

Entre coacción y colaboración. Verdad judicial, actores económicos y
conflicto armado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios
de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2018

333 p; 15 x 24 cm (Colección Dejusticia)

ISBN 978-958-5441-45-3 versión digital

978-958-5441-44-6 versión impresa

1. Justicia transicional 2. Acuerdo Final de Paz 3. Actores económicos
4. Jurisdicción Especial de Paz 5, Justicia y Paz 6. Parapolítica
7. Restitución de Tierras 8. Estándares de responsabilidad penal para
actores económicos

ISBN 978-958-5441-45-3 versión digital
978-958-5441-44-6 versión impresa

Preparación editorial
Marta Rojas

Revisión de textos
Emma Ariza

Cubierta
Alejandro Ospina

Impresión
Ediciones Antropos Ltda.

Primera edición
Bogotá, D.C., agosto de 2018

Este texto puede ser descargado gratuitamente
en <http://www.dejusticia.org>



Creative Commons Licence 2.5
Atribución – No comercial – Compartir igual

Dejusticia, 2018
Carrera 24 N° 34-61, Bogotá D. C.
Teléfono: 608 3605
www.dejusticia.org

Agradecimientos

En el transcurso de esta investigación hemos tenido la oportunidad y el desafío de seguir distintos contextos políticos, así como de compartir con una diversidad de personas e instituciones que nos han apoyado en la investigación, o con las que hemos intercambiado opiniones sobre nuestros datos y análisis. Les estamos muy agradecidos pues el tema que abordamos aquí no solo tiene una enorme dificultad técnica e institucional, sino unos impactos e intereses políticos muy profundos. Con todos los errores que podamos tener en nuestros juicios, y aquellos que se revelen en este libro, nuestra interpretación de la realidad colombiana, de este tema y de sus dificultades políticas y jurídicas se ha enriquecido enormemente gracias a este intercambio.

Los autores del libro estamos en primer lugar agradecidos con los profesores Leigh Payne, Gabriel Pereira y Laura Bernal de la Universidad de Oxford, con quienes hemos compartido parte de esta ruta empírica de investigación. Las discusiones metodológicas y sustantivas con nuestros colegas en Oxford han sido muy importantes para el desarrollo de nuestro trabajo y argumentos.

Igualmente, el equipo de investigadores de Dejusticia ha sido fundamental para fortalecer los argumentos de este libro. En distintas oportunidades tuvimos la suerte de contar con comentarios en seminarios de discusión en los que recibimos muchos y muy buenos puntos de vista y críticas que introdujimos luego como revisiones a textos anteriores. Especialmente queremos agradecer el detallado acompañamiento y consejo de Rodrigo Uprimny Yepes, Carolina Villadiego, Valentina Rozo y Juan Hernández. Además, este libro no hubiera sido posible sin la dedicada ayuda de Elvia Sáenz.

En Colombia hemos compartido con un grupo de personas que desde distintos escenarios académicos y políticos han trabajado sobre el tema. Colegas de la sociedad civil en instituciones como la Comisión Colombiana de Juristas, la Fundación Ideas para la Paz, la Escuela Nacional Sindical, el equipo del Institute for Integrated Transitions, entre otros, fueron algunas de las personas con quienes discutimos los argumentos aquí presentados y quienes nos hicieron valiosas críticas.

Un agradecimiento especial también para Michael Duttwiler y Juan Pablo Cardona, quienes atentamente leyeron y comentaron versiones iniciales del manuscrito, en particular las secciones dedicadas al análisis jurídico, así como para Joel Ramírez y Juana García, quienes colaboraron con la consolidación de las bases de datos.

Desde la Universidad de Essex, como siempre, hemos recibido agudos y acertados comentarios de nuestra colega y amiga Clara Sandoval, quien leyó varias versiones del texto y nos ha acompañado en distintas presentaciones y jornadas de debate sobre el tema y sobre el borrador del libro. También agradecemos la colaboración que nos brindaron Raluca Rimaru, Daniela Revelón, Tobías von Nuess y Tania Bonilla Matiz.

En distintos momentos, tanto en la Fiscalía General de la Nación como en el Ministerio de Justicia y algunos tribunales, encontramos funcionarios comprometidos y diligentes que nos apoyaron mostrándonos las rutas institucionales de la investigación penal y de restitución de tierras en esta materia.

A todas y todos los que han compartido y debatido con nosotros a lo largo de estos años, muchas gracias. Esperamos que esta publicación sea un punto de partida para un nuevo ejercicio de reflexión académica, institucional y política sobre un tema de la mayor complejidad, pero que consideramos de gran importancia en el reto que representa lograr una Colombia más justa y democrática.

Finalmente, este libro, y la investigación que contiene, fueron realizados gracias al apoyo de la Universidad de Essex, el Impact Acceleration Account del ESRC, la British Academy y Open Society Foundation, a quienes expresamos nuestra gratitud.

Contenido

	Agradecimientos	5
	Introducción	14
	<hr/>	
	PRIMERA PARTE	27
Capítulo 1	Develando a los actores económicos del conflicto	32
	Justicia y Paz	40
	- Dimensión personal y sectorial	41
	- Dimensión regional	47
	- Modalidades de participación de actores económicos en el conflicto armado interno	66
	Parapolítica	72
	- Dimensión personal y sectorial	73
	- Dimensión regional	76
	- Modalidades de participación de actores económicos en el conflicto armado interno	84
	Restitución de tierras	87
	- Dimensión personal y sectorial	89
	- Dimensión regional	93
	- Modalidades de despojo	95
	<hr/>	
Capítulo 2	Desarmando el rompecabezas de la participación de actores económicos en el conflicto armado colombiano a partir de Justicia y Paz y Restitución de Tierras	102
	Involucramiento de actores económicos en las sentencias de Justicia y Paz (2012-2017): una concepción judicializada de las relaciones entre actores armados y económicos	105
	- El mandato de desentrañar las redes de apoyo y financiación de los grupos armados al margen de la ley	106

- La materialización del mandato de desentrañar las redes de apoyo y financiación en el marco del proceso de Justicia y Paz	109
- Principales discusiones derivadas de la aplicación de los protocolos de acción por parte de las distintas salas de Justicia y Paz	114
La tensión entre el éxito de las pretensiones de restitución y el esclarecimiento de la participación de los actores económicos en el despojo	118
- En la fase administrativa	118
- En la fase judicial	122
- Lo común a las fases administrativa y judicial	125
Oportunidades, aprendizajes y limitaciones derivados de los ejercicios de develación del rol de actores económicos en el conflicto armado colombiano	129
- Diseño <i>a posteriori</i> de las herramientas normativas y metodológicas para el desarrollo de la agenda de rendición de cuentas	130
- Dispersión de competencias y descentralización de las funciones de investigación, juzgamiento y sanción	131
- Focalización o priorización territorial y sectorial	132
- Poco análisis jurídico de fondo sobre el involucramiento de actores económicos en el conflicto armado	133

	SEGUNDA PARTE	137
Capítulo 3	Estándares internacionales y lecciones de la experiencia internacional para la responsabilidad de actores económicos por su participación en conflictos armados	144
	Estándares internacionales relativos a la responsabilidad penal de actores económicos por su participación en crímenes internacionales	149
	- Los tribunales de Núremberg	150
	- Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia	158
	- Tribunal Especial para Sierra Leona	162
	- Tribunal Penal Internacional para Ruanda	163
	- Estatuto de Roma	166
	- Conclusiones	167
	Jurisdicciones nacionales	171
	- Holanda	172
	- Argentina	173
	- Chile	175
	- Alemania	177
	- Francia	179
	- Conclusiones	179
Capítulo 4	Competencia de la JEP y de la jurisdicción ordinaria sobre actores económicos	182
	Relación entre la JEP y la jurisdicción ordinaria con respecto a la competencia sobre los actores económicos	183
	Competencia de la JEP sobre actores económicos que se someten voluntariamente	184
	- Coacción	190
	- Participación activa o determinante	192

- Contribuciones realizadas con el solo propósito de obtener un beneficio personal, propio o de un tercero	193
Competencia de la JEP para investigar y documentar	195
Competencia de la JEP para invitar a actores económicos a comparecer	199
Incentivos para acogerse a la JEP y sanciones aplicables	200
Diferencias y sinergias entre los marcos jurídicos que rigen la JEP y la jurisdicción ordinaria	201
- Prerrequisito de la competencia de la JEP: participación directa o indirecta en el conflicto por parte de terceros civiles	203

Capítulo 5 Parámetros para responsabilizar actores económicos en el derecho internacional aplicados al sistema de justicia colombiano	210
El principio de legalidad en materia penal en Colombia	212
Utilización del derecho penal internacional por parte de la JEP	215
Utilización del derecho penal internacional por parte de la jurisdicción ordinaria	218

Capítulo 6 Consideraciones acerca del estudio de la responsabilidad de actores económicos por parte de la JEP y la jurisdicción ordinaria	224
Derecho penal colombiano	227
- Coautoría	227
- Autoría mediata	229
- Determinación	231

- Concierto para delinquir	232
- Complicidad	238
- Dolo	239
- Conclusiones	240
Reflexiones sobre cómo aplicar el derecho colombiano a la luz de estándares y experiencias internacionales	244
Reflexiones adicionales sobre el trabajo de la JEP: participación determinante	251
Excluyentes de responsabilidad: la coacción	260
- Coacción en las sentencias de la jurisdicción ordinaria	261
- Coacción en las sentencias de Justicia y Paz	265
- Propuestas sobre cómo analizar la coacción	266
Aplicación de los estándares a casos específicos	271
- Financiación	272
- Despojo	275
- Conclusiones	278
Capítulo 7 Criterios de priorización	280
Marco normativo y teórico	282
Reflexiones para la práctica	287
- Gravedad	287
- Representatividad	288
- Características de los responsables	288
- Conclusiones	289
TERCERA PARTE	293
Capítulo 8 Conclusiones generales	294
Referencias	308

Anexo metodológico	318
Las bases de datos	319
Las entrevistas	322
Anexo de datos	324
<hr/>	
Autores	330

Introducción

Con la firma e implementación del Acuerdo Final de Paz (AFP) entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia- Ejército del Pueblo (FARC-EP) se ha puesto en marcha un complejo sistema de justicia transicional denominado Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR).¹ El Sistema está integrado fundamentalmente por una Comisión de Esclarecimiento de la Verdad (CEV), una Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas (UBPD) y una jurisdicción transitoria encargada de judicializar a los responsables de los crímenes más graves y representativos ocurridos durante el largo conflicto armado colombiano, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). A esto se suman las medidas existentes de reparación a víctimas y un conjunto de herramientas para garantías de no repetición.

La JEP aporta al sistema un componente de justicia penal que, al menos conforme a su formulación inicial en el AFP, se aplicaba a todos los actores del conflicto y pretendía aclarar su responsabilidad. Esta coyuntura marcaba un hito para Colombia en la lucha

1 El AFP, al hablar de la creación del SIVJRNR, establece: “En cumplimiento de nuestro compromiso de poner a las víctimas en el centro del Acuerdo y en respuesta a sus testimonios, propuestas y expectativas, que oímos de viva voz, el Gobierno nacional y las FARC-EP-EP acordamos crear el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, y por esa misma razón hemos tomado las medidas descritas anteriormente. [...] El Sistema Integral parte del principio de reconocimiento de las víctimas como ciudadanos con derechos; del reconocimiento de que debe existir verdad plena sobre lo ocurrido; del principio de reconocimiento de responsabilidad por parte de todos quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto y se vieron involucrados de alguna manera en graves violaciones de los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario” (Gobierno nacional - FARC-EP-EP, 2017, p. 127).

contra la impunidad por los hechos relacionados con el conflicto. En particular, porque trataba de comprender que las dinámicas de violencia en el marco del conflicto armado interno son un complejo entramado de relaciones sociales que ha permitido la comisión de atrocidades masivas² y, consecuentemente, abordaba la judicialización penal desde esa perspectiva.

Colombia le apostó a un proceso holístico de justicia transicional que tiene varios componentes complementarios e incluye a todos los actores del conflicto. Esto con varias finalidades, entre ellas, satisfacer los derechos de las víctimas y la sociedad colombiana a conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de las graves violaciones de los derechos humanos dentro del conflicto, así como descubrir los poderes económicos que participaron, de cualquier forma, en su comisión. Esto implicaba incluir en el mecanismo de justicia penal tanto a combatientes como a agentes estatales civiles y a terceros civiles. Estos últimos eran aquellas personas que, sin hacer parte de ninguno de los bandos en confrontación, participaron en el conflicto armado interno y podrían tener alguna responsabilidad penal por su papel en el mismo, entre ellos, los actores económicos. Se entiende por actor económico, para los efectos de esta investigación, aquella persona, natural o jurídica, nacional o transnacional, pública, privada o mixta, que realice actividades empresariales o comerciales. Asimismo, caben dentro de esta categoría las agremiaciones de empresas o empresarios, que si bien no desarrollan actividades empresariales, sirven como vehículo para estas.³

Una de las preguntas que guió esta investigación partió del supuesto de que los terceros civiles tendrían que rendir cuentas

2 Clara Sandoval precisa, en ese sentido, que es fundamental reconocer que los actores de la justicia transicional van más allá del Estado, los grupos desmovilizados y los militares, pues estos han tenido relaciones con una diversidad de sujetos que deberían ser más visibles, entre los que se encuentran, por ejemplo, las corporaciones transnacionales (Sandoval y Filippini, 2013, p. 26).

3 En el contexto de este estudio tomamos en cuenta aquellos “actores económicos” mencionados como tales en las sentencias que usamos como insumo para la investigación, es decir, aquellas personas en cuyos casos el tribunal hizo explícita referencia a su actividad económica (empresarial o comercial, de agremiación de empresas o empresarios). Es decir, una persona puede ser a la vez, por ejemplo, parapolítico y actor económico, o agente del Estado y actor económico, y la incluimos con respecto a la actividad económica que ejercía.

ante la JEP. Por consiguiente, indagaba si existía justificación para incluir a terceros civiles en el componente penal de la justicia transicional creado a partir del AFP para dar un cierre jurídico al conflicto armado interno colombiano. A nosotros nos parecía que sí estaba justificado, por las razones que se expondrán a continuación.

Dado que tanto a nivel nacional como internacional los actores económicos individuales son sujetos de acción y persecución penal, cuando se diseñan mecanismos de justicia penal dentro de procesos de justicia transicional, la pregunta fundamental no es si responsabilizarlos o no, sino si deberían ser incluidos en los mecanismos excepcionales de la justicia transicional o pasar a la competencia de la justicia ordinaria. Es decir, eliminar su responsabilidad penal no es una opción. De manera que la alternativa de no incluir a los actores económicos dentro del marco penal transicional es dejarlos bajo el mando de la justicia y las normas ordinarias de derecho penal. El AFP optó por un sistema que confirió competencia penal a la JEP sobre todos los crímenes cometidos en relación con el conflicto armado interno, con inclusión de los actores económicos como posibles autores o partícipes en los mismos.

Esa decisión no estaba enfocada, principalmente, en criminalizar y sancionar la participación de los actores económicos en el conflicto, sino más bien en darles seguridad jurídica y convocarlos a participar en el proceso colectivo de construcción de verdad y responsabilidad por lo ocurrido en el conflicto. Así como la posibilidad de acceder a las más amplias renunciaciones a la persecución penal a cambio de aportar verdad plena y reparaciones y, en caso de ser estas imposibles, acceder a una rebaja sustancial de pena y una manera alternativa de cumplirla. Según el AFP, solamente en casos de participación activa o determinante en los crímenes más graves la JEP tendría la competencia para llamar a terceros civiles y juzgarlos, con aplicación de las sanciones disminuidas previstas: i) entre 5 y 8 años de privación efectiva de la libertad fuera de prisión (sanción propia); ii) entre 5 y 8 años dentro de una prisión (sanción alternativa), según el momento en el cual reconocieran su responsabilidad; o iii) entre 15 y 20 años en caso de llegar a ser condenados sin haber reconocido su responsabilidad.

Para la implementación de la JEP, el Gobierno y el Congreso de la República decidieron tramitar una reforma constitucional

que creara el SIVJRNR, en donde se incluía el marco general para cada uno de los órganos que lo componen. La reforma fue aprobada mediante el Acto Legislativo 01 de 2017, y contenía los parámetros para determinar la competencia de la jurisdicción desde todas las dimensiones: temporal, personal, objetiva y funcional.

Dicha reforma fue tramitada por el procedimiento legislativo especial para la paz contemplado en el Acto Legislativo 01 de 2016⁴ y, por tanto, debía ser revisada integral y automáticamente por la Corte Constitucional. El 14 de noviembre de 2017 la Corte emitió el comunicado de prensa número 55, en el cual daba a conocer las líneas generales de la Sentencia C-674 de 2017, correspondiente a la revisión de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017. Allí afirmó que la competencia asignada a la JEP para conocer de delitos cometidos por terceros civiles y agentes estatales no combatientes en el marco del conflicto armado interno, sin que mediara autorización previa y expresa de estos, constituía una violación del derecho al debido proceso en sus facetas de juez natural y legalidad.

Así, a partir de ese momento la JEP perdió competencia sobre todos los terceros civiles y agentes estatales no combatientes que no autorizaran expresamente su inclusión dentro de este sistema de justicia penal. Y, como consecuencia, aparece un sistema paralelo de justicia para este tipo de actores, cuyos casos pueden ser conocidos, en primer lugar, por la justicia ordinaria, que es su juez natural en la mayoría de los casos y, luego, la JEP, siempre que medie una expresión de voluntad clara de someterse a ella. En ese orden de ideas, la decisión de la Corte Constitucional genera un obstáculo para la materialización del enfoque holístico del SIVJRNR y crea una fragmentación de la justicia transicional

4 Este Acto Legislativo introdujo una reforma constitucional que se hizo con el objetivo de facilitar la implementación normativa del AFP. La reforma facultó transitoriamente al presidente de la República para regular vía decreto ley algunos aspectos del Acuerdo y, además, introdujo un procedimiento legislativo más rápido, con la finalidad de que las reformas constitucionales y leyes necesarias para implementar el AFP tomaran menos tiempo que los trámites ordinarios. Debido a esto, la reforma exigía que todas las normas tramitadas mediante el procedimiento especial tuvieran un control integral y automático por la Corte Constitucional. Esta reforma fue avalada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-699 de 2016, M. P. María Victoria Calle.

entre la jurisdicción ordinaria, que tiene la competencia sobre todos los terceros civiles y solamente la pierde si estos se acogen voluntariamente a la JEP, y esta última, cuya competencia está sujeta a la decisión voluntaria de los terceros.

Estas competencias paralelas para el conocimiento de delitos cometidos en el marco del conflicto tiene un espejo reciente en la aplicación de medidas de justicia transicional en Colombia: el proceso de desmovilización, desarme y reinserción de las Auto-defensas Unidas de Colombia (AUC), conocido bajo el nombre de Justicia y Paz.

Justicia y Paz, todavía en curso, se caracteriza por la creación de un proceso penal especial para la investigación, el juzgamiento y la sanción de los delitos cometidos en el conflicto armado interno colombiano por quienes hayan pertenecido a un grupo armado organizado al margen de la ley.⁵ A cambio de confesar sus crímenes, se impone una sanción alternativa consistente en cinco a ocho años de prisión. Este marco fue diseñado luego del proceso de desarme, desmovilización y reinserción de las AUC, una confederación de grupos paramilitares de extrema derecha que participaron en el conflicto armado colombiano aproximadamente desde la década de 1980.

A pesar de esta restricción, tanto las versiones libres (confesiones) de los desmovilizados como la construcción del contexto del conflicto en las sentencias evidenciaron el importante rol de actores económicos en crímenes cometidos en relación con el conflicto armado (Salinas y Zarama, 2012; Gutiérrez y Vargas, 2016). Sin embargo, por su competencia limitada, los tribunales de Justicia y Paz no pueden juzgar a los actores económicos y estos, a su vez, no pueden beneficiarse de las sanciones alternativas consagradas en la Ley de Justicia y Paz. Si surge información sobre estos actores en las versiones libres de los desmovilizados, los órganos de Justicia y Paz pueden compulsar copias –es decir remitir esta información– a la justicia ordinaria, normalmente la Fiscalía General de la Nación, para que esta investigue los crímenes a través del derecho penal y el derecho procesal penal ordinarios.

Esto implica una fragmentación de las investigaciones judiciales, puesto que el rol de distintos actores en los mismos hechos

5 Congreso de la República. Ley 975 de 2005, artículo 2.

es examinado por jurisdicciones diferentes, según reglas distintas, con esquemas de investigación y juzgamiento basados en diversos presupuestos, y con sanciones diferentes. Así, al ser excluido del proceso de justicia transicional de Justicia y Paz, con sus sanciones alternativas, un actor económico que haya participado en un crimen cometido por un paramilitar desmovilizado puede recibir una pena significativamente más alta que el autor material de ese mismo crimen.

Por otra parte, desde el 2006 se comenzaron a conocer, a partir de investigaciones de diferentes académicos y periodistas, los lazos entre miembros de la clase política y el paramilitarismo (López, 2010), al tiempo que se comenzaban a conocer las versiones de los propios paramilitares dentro del proceso de Justicia y Paz, que apuntaban en la misma dirección. Al proceso de investigación, juzgamiento y sanción de los involucrados se le denominó “parapolítica”.

Normalmente, las personas juzgadas eran miembros del Congreso de la República u ocupaban altos cargos en el Estado colombiano, por lo que estaban cubiertos con fueros de investigación y juzgamiento especiales. Así, la mayoría fueron juzgados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (CSJ). Sin embargo, se presentaron bastantes casos de dirigentes y miembros de las élites políticas regionales que fueron procesados con sus propios fueros, la mayoría ante juzgados y tribunales de región, donde las decisiones, más allá de la condena o la absolución, son de difícil acceso.

De manera que se llevaron procesos de investigación y juzgamiento completamente separados de las lógicas del sistema diseñado para los grupos paramilitares que se habían desmovilizado, basados en un modelo de derecho penal ordinario, adversarial y enfocado en determinar la responsabilidad penal individual de un solo sujeto, por más que estuviera inmerso en un patrón de macrocriminalidad evidente. A pesar de esto, los avances de la CSJ en la rendición de cuentas de estos actores fueron considerables y permitieron desentrañar redes y relaciones criminales entre actores políticos y grupos armados. No obstante, las desventajas de esta fragmentación para el procesamiento de casos muy probablemente se reproducirán como consecuencia de la decisión de la Corte Constitucional.

Adicionalmente, en el 2011 el Gobierno nacional y el Congreso de la República trabajaron en la expedición de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, cuyo objetivo principal, como su nombre lo indica, era crear un marco normativo de reparación administrativa y judicial masiva para las víctimas del conflicto armado colombiano. Dentro del conjunto de medidas diseñadas estaba una política general de reparación a las víctimas de despojo y abandono forzado de tierras y territorios, que incluía un procedimiento administrativo y judicial cuyo objetivo final era la restitución de los predios en condiciones adecuadas y bajo parámetros de goce efectivo de derechos.

En la ejecución de esta política se comenzaron a evidenciar distintas relaciones e interacciones entre actores económicos y grupos que participaron en el conflicto, específicamente dentro de las dinámicas que propiciaron el despojo y abandono forzado de tierras y territorios, así como en el aprovechamiento posterior de estas circunstancias. Esto fue especialmente claro al momento de llamar a comparecer a quienes ocupaban los predios presuntamente despojados o abandonados, pues aparecían actores económicos, especialmente empresas e individuos con pretensiones económicas, que afirmaban haberlos adquirido de buena fe.

En algunos casos han logrado probar que así fue efectivamente, pero en otros lo que se ha evidenciado es cierta complicidad en dinámicas criminales o, como mínimo, el aprovechamiento de contextos de violencia con el fin de obtener y explotar grandes cantidades de tierra.

Este documento es el resultado de un proyecto de investigación cuyo objetivo principal era hacer un aporte para el análisis de la responsabilidad penal de actores económicos por su rol en el conflicto armado interno colombiano. Para lograr ese propósito, se acudió a las experiencias adquiridas y la información recabada en Justicia y Paz, parapolítica y restitución de tierras y, a partir de allí, se identificaron dos ejes de trabajo o campos en los que se requiere una atención especial, por no haber sido investigados a profundidad bajo la óptica del AFP: i) la investigación empírica de la información sobre las distintas formas de participación de actores económicos en el conflicto que se podrían encontrar en sentencias de las mencionadas jurisdicciones, y ii) un estudio de

los criterios jurídicos según los cuales se puede investigar y juzgar su participación en el conflicto armado.

Este es entonces un aporte en dos vías, empírica y dogmática. La intención es, por un lado, dar herramientas empíricas para la toma de decisiones en el marco del impulso a la agenda para hacer responsables a los actores económicos, por ejemplo, en cuanto a selección y priorización de casos. Y, por el otro, explicar conceptos dogmáticos de derecho penal nacional e internacional que pueden servir para la adjudicación de casos concretos, el esclarecimiento de lo ocurrido y el correcto señalamiento de responsabilidades específicas.

En ese entendido, la primera parte del texto se encarga de presentar un análisis detallado de la información que hasta el momento ha surgido en las sentencias de Justicia y Paz, parapolítica y restitución de tierras, en términos de participación de actores económicos en el conflicto armado colombiano. Para ello analizamos cada uno de los universos de sentencias, con el fin de determinar y construir patrones develados e identificar puntos focales en términos de necesidades de información. Al tiempo, también se llevó a cabo un estudio cualitativo sobre la forma como se construyen las sentencias estudiadas, cómo la judicatura llega a mencionar a un actor económico dentro de una sentencia y qué criterios aplica al tomar la decisión de incluirlo o no.

Ahora bien, enfocar el análisis empírico de la participación de actores económicos en el conflicto armado interno en estas sentencias tiene una limitación: solamente se puede capturar la información que pareció relevante a los distintos tribunales y no toda la realidad fáctica del conflicto armado interno. Como la unidad de análisis son las menciones a actores económicos dentro de las sentencias, esto implica que la información pasa por el filtro de lo que los jueces, magistrados y magistradas consideran suficientemente importante para incluirlo en el texto de su decisión. Sin embargo, estos insumos podrán servir de línea base orientativa para los procedimientos de la JEP y la justicia ordinaria frente a actores económicos. No solo por el análisis de la información contenida en las sentencias estudiadas, sino por la experiencia de estos procesos de justicia transicional y los desafíos que hemos podido identificar, y las ausencias, exclusiones y silencios que dan cuenta de casos que han quedado fuera del foco de los

instrumentos transicionales hasta ahora implementados. Así se materializa uno de los objetivos centrales de este documento: contribuir al análisis de la verdad judicial develada en procesos de justicia penal anteriores a la JEP en Colombia, para que sirva de insumo a la labor del SIVJRNR y la justicia ordinaria.

Por otra parte, los debates en Colombia sobre si y cómo abordar la responsabilidad de actores económicos en el marco de la justicia transicional pusieron de relieve que a pesar de existir una amplia experiencia internacional y nacional sobre cómo responsabilizar a los miembros de grupos armados y agentes del Estado, no ocurre lo mismo cuando se trata de la responsabilidad penal de actores económicos. En efecto, los juicios contra dichos actores –y su integración en procesos de justicia transicional– plantean problemas específicos frente a los cuales no existe claridad sobre los estándares internacionales aplicables, ni sobre cómo valerse de los principios del derecho penal (nacional e internacional) al tratar estos casos. Un análisis jurídico de los estándares internacionales y de cómo adaptar los principios del derecho penal a la judicialización de estos casos, especialmente en un contexto de justicia transicional, es entonces de suma importancia para facilitar el trabajo de la JEP y de la jurisdicción ordinaria en Colombia, y compone el núcleo fundamental de la segunda parte de este libro.

La relevancia de este análisis también consiste en que se puede proyectar a nivel internacional, pues aumenta la conciencia del rol que los actores económicos pueden jugar en el contexto de conflictos armados o de represión, y de la consiguiente importancia de encontrar caminos para enfrentar esto en procesos de justicia transicional. También hace un aporte significativo para desarrollar la discusión académica al respecto, pues todavía se encuentra en una etapa inicial (Michalowski, 2013; Sánchez León *et al.*, 2018).

A partir de los desarrollos vigentes en el derecho nacional e internacional, se abordan diversos problemas jurídicos que al día de hoy no han sido resueltos o lo han sido de forma problemática, como el tema de la determinación de las diversas formas de participación por parte de actores económicos, la i

mportancia de la complicidad en crímenes internacionales, y la coacción como eximente de responsabilidad. Se presentarán las herramientas que ofrece el derecho colombiano para que tanto

los magistrados de la JEP como los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria incorporen los estándares internacionales explicados en sus decisiones. La adopción de conceptos de derecho internacional por el sistema interno colombiano, si se hace de manera correcta, permitirá avanzar en una agenda para hacer responsables a los agentes económicos que tenga en cuenta los contextos y las particularidades de la situación colombiana y, al tiempo, garantice la vigencia del Estado de derecho y la legalidad.

Aunque en Colombia el derecho penal se enfoca en la responsabilidad individual de las personas naturales y no permite responsabilizar a las jurídicas, los actores económicos individuales pueden incurrir en responsabilidad penal; lo mismo ocurre a nivel internacional. Por ejemplo, pueden ser autores de crímenes internacionales (coautor o autor mediano, según las circunstancias) si forman un plan común con miembros de grupos armados con respecto a la comisión de crímenes internacionales, como ocurriría si acuerdan el desplazamiento forzado de comunidades o cometen el delito de concierto para delinquir agravado. También pueden ser cómplices, por ejemplo, si colaboran con los grupos armados y facilitan la comisión de crímenes internacionales al brindarles apoyo logístico o financiero.⁶

Esto conlleva diversas dificultades, especialmente en la manera en que se establecen los elementos jurídicos de su participación. Por ejemplo, si un empresario hizo pagos a grupos paramilitares, ¿cómo se puede determinar si este pago fue voluntario y no coaccionado?, y, si se puede mostrar voluntariedad, ¿será responsable de todos los crímenes cometidos por ese grupo, o solamente de crímenes específicos?, y si es así, ¿de cuáles? De allí podría pensarse que el esclarecimiento del papel del sector económico en el conflicto debería ser tarea de la CEV y no de la JEP. Sin embargo, aunque la Comisión claramente tiene un rol de suma importancia en este contexto, por ser el mecanismo principal para el esclarecimiento de la verdad –y tener la posibilidad de esclarecer no solo el papel de actores económicos individuales sino también el rol de personas jurídicas como son las empresas–, investigaciones sobre el papel de actores económicos por parte

6 Obviamente, solo si cumplen con todos los elementos de estos crímenes, como lo explicamos más en adelante.

de una comisión de la verdad no hacen obsoleta la investigación penal si su participación en el conflicto cumple con los elementos característicos de delitos internacionales o del derecho penal nacional (Sánchez León *et al.*, 2018).

Finalmente, la tercera parte del libro presenta las conclusiones del estudio, así como los principales puntos de interés para la justicia ordinaria y la JEP en materia de judicialización de actores económicos por su participación en el conflicto armado. Asimismo, se incluye un anexo metodológico, en el cual se explica la forma en que fue recolectada y procesada la información que da sustento al presente texto, específicamente a la primera parte, y un anexo de datos para sustentar algunos de los gráficos y mapas presentados.

PRIMERA PARTE

En la historia de la rendición de cuentas de actores económicos por su participación en el conflicto armado interno colombiano es posible identificar tres escenarios que pueden servir para dar luces frente a su rol como participantes en la guerra: i) los ejercicios derivados de la desmovilización, desarme y reincorporación de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) y el mecanismo de justicia penal transicional de Justicia Paz; ii) los procesamientos de políticos por su vinculación con grupos paramilitares por parte de la justicia ordinaria y, iii) los pronunciamientos judiciales en el marco del proceso de restitución de tierras.

En el primer capítulo de esta parte se analiza cada uno de estos escenarios por separado. Allí se pretende presentar el panorama actual de información respecto a la participación de actores económicos en el conflicto a partir de ejercicios de justicia en el país y mapear de manera general, desde diversas dimensiones, lo que la sociedad colombiana conoce hasta ahora por el trabajo del sistema judicial.

Posteriormente, en el segundo capítulo, se analiza la forma como los jueces, de la mano de otras instituciones como la Fiscalía General de la Nación y la Unidad de Restitución de Tierras (URT), llegaron a la verdad que han presentado a la sociedad en sus providencias. Y se presenta un análisis sobre oportunidades, lecciones aprendidas y limitaciones de la justicia colombiana al develar la participación de actores económicos en el conflicto armado.

Este último capítulo tiene la finalidad de explicar qué es lo que se ha aprendido a través del tiempo, tanto sobre el involucramiento de actores económicos en el conflicto como sobre la forma en que se puede conseguir esta información y procesarlos. Al mismo tiempo, se pretende visibilizar las debilidades del sistema

que persisten a la fecha y que la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y la justicia ordinaria deberán sortear si se toman en serio la necesidad de avanzar en la rendición de cuentas de este tipo de actores, tanto en sede transicional como ordinaria, así como la necesidad de cumplir los estándares internacionales en materia de investigación, juzgamiento y sanción y evitar, de esta manera, una intervención de la Corte Penal Internacional (CPI) o los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

CAPÍTULO 1

Develando a los actores económicos del conflicto

El análisis de los ejercicios de Justicia y Paz, parapolítica y restitución de tierras se hizo a partir de la revisión de decisiones judiciales tomadas en cada uno de estos escenarios. Estas dan cuenta de una multiplicidad de relaciones entre los actores económicos y diferentes actores del conflicto armado, así como de su magnitud. En el presente apartado el enfoque estará en las diferentes dimensiones que permiten, por un lado, reconocer el grado de involucramiento de sectores empresariales en las distintas regiones del país con las dinámicas del conflicto armado. Y, por otro, evaluar la labor judicial, en especial la construcción de los contextos de violencia dentro de las sentencias, en lo que se refiere a la identificación de aquellas relaciones.

En particular, el análisis se centra en cinco dimensiones. Primero, una dimensión personal, que compara la cantidad de personas individuales y de empresas mencionadas en las sentencias y los sectores económicos a los que pertenecen, con el fin de presentar un panorama general de los actores. Segundo, una dimensión regional, en donde se especifica cuáles han sido las regiones y los municipios donde los operadores judiciales han centrado su análisis. Tercero, una dimensión sectorial, en la cual se elaboraron tipologías según las actividades que han sido más mencionadas en las decisiones. Cuarto, una dimensión relacionada con los hechos victimizantes expuestos por la judicatura y la forma como se categoriza la participación de los terceros en el conflicto. Y quinto, una dimensión construida a partir de la dicotomía entre aporte económico voluntario-aporte económico coaccionado, que pretende mostrar lo que reflejan las sentencias frente a la voluntariedad de los actores en el apoyo y la financiación del conflicto.

Estas cinco dimensiones, en la medida de lo posible, son analizadas para tres conjuntos de sentencias, que corresponden a una división por las jurisdicciones estudiadas: Justicia y Paz, ordinaria/parapolítica y restitución de tierras. Esto con el fin de mostrar la forma en que diversas especialidades se acercan al problema de develar el papel de los actores económicos en el conflicto armado a partir de sus propias competencias y herramientas, y presentar los resultados de las mismas de forma tal que se entiendan en sus correctas proporciones.

Justicia y Paz presenta un panorama mucho más amplio, pues se basa en la recolección de información a los desmovilizados que se postularon al proceso, quienes rindieron versiones voluntarias y exhaustivas sobre los hechos en que participaron. Parapolítica obedeció a una lógica adversarial de derecho penal ordinario, en el que la carga de la prueba recaía en el Estado y, por tanto, la información disponible es mucho más precaria. Restitución de tierras, por su parte, al no pretender en ningún momento llevar a cabo un ejercicio de atribución de responsabilidades individuales, no refleja información tan profusa y profunda como Justicia y Paz, solo la estrictamente necesaria para resolver el caso concreto en términos de reparación. Así, la diferenciación entre jurisdicciones responde a las particularidades de cada caso y debe ser leída en esa clave. A continuación se explicará cada uno de los conjuntos de sentencias, no sin antes llevar a cabo un breve recorrido metodológico por el procedimiento utilizado al realizar la recolección y el procesamiento de la información.

Inicialmente, el proyecto estaba pensado para revisar únicamente las sentencias derivadas del proceso de Justicia y Paz, dado que allí era donde se había desarrollado una reconstrucción de contextos de violencia y la participación de distintos sectores de la sociedad en el mismo. No obstante, con posterioridad se encontró que durante los procesos derivados del fenómeno de la parapolítica la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia llevó a cabo, en un número considerable de sentencias, una reconstrucción de la forma en que se desarrolló el paramilitarismo en distintas regiones del país, especialmente en la Costa Caribe, por lo que se decidió utilizarlas también.

De acuerdo con eso, el universo inicial de sentencias por estudiar fue determinado por dos conjuntos: i) la totalidad de

sentencias derivadas del proceso de Justicia y Paz¹ y, ii) la totalidad de sentencias derivadas del fenómeno de la parapolítica. De allí, luego de una lectura preliminar, se determinó que la unidad de análisis que se iba a utilizar sería la mención: se contabilizó, una a una, cada vez que una empresa, empresario, empresaria o actor económico fue nombrado dentro de una sentencia, independientemente del lugar en el que estuviera dentro del texto, o si se llevó a cabo un análisis jurídico profundo sobre su participación en el conflicto. Una mención con nombre propio a un actor económico, por su presunta participación en hechos relacionados con el conflicto, era suficiente para ser objeto de análisis.

La sistematización de estas menciones se llevó a cabo a partir de una matriz en la que se consignaba información que iba desde la identificación de la sentencia y del actor económico, hasta un detalle del hecho en el que presuntamente participó, su grado de participación en el mismo, si se puede extraer del texto una calificación sobre la voluntariedad –si hubo coacción o no–, y el sector económico y la actividad que desarrollaba el actor en el territorio.

La información recolectada fue procesada para identificar patrones de participación de actores económicos en el conflicto armado colombiano. De allí surgió el análisis por dimensiones que se presenta a continuación.

Luego de culminar el análisis sobre las sentencias de Justicia y Paz y parapolítica, se decidió llevar a cabo un esfuerzo similar en el que se estudiaran decisiones dictadas en el contexto de la política pública de Restitución de Tierras. Esto aportaría una nueva dimensión al estudio, el de la información que se pudiera derivar de la ejecución de una política pública centrada en la garantía de los derechos de las víctimas de abandono y despojo forzado de tierras y territorios, y no en la responsabilidad penal individual.

De manera que se adicionó un nuevo grupo de sentencias al universo de estudio. El problema estaba en la gran cantidad de fallos y en una particularidad del proceso: que el análisis de fondo realizado varía cuando se trata de casos en los que se presenta una oposición a la restitución y en los que no.

1 La construcción de la matriz de casos a partir de las decisiones (*master list*) fue un trabajo conjunto con la Universidad de Oxford.

Así, se decidió variar la metodología. En vez de analizar todas las sentencias dictadas en el proceso de restitución de tierras, se identificaron 41 decisiones en las que una empresa, empresario o empresaria se presentó como opositor a la restitución por considerar que tenían un mejor derecho o que no se cumplían los requisitos establecidos por la ley para que esta fuera exitosa. Se partió de un barrido llevado a cabo por la URT, que identificó un grupo de decisiones del universo total de sentencias en donde estaban involucradas empresas como opositoras, y se llevó a cabo un control con un nuevo barrido al universo. Estas fueron luego revisadas y validadas por funcionarios de la URT e investigadores de la Comisión Colombiana de Juristas y Dejusticia. De ese procedimiento resultaron 41 decisiones.

Esta decisión fue la respuesta a las dificultades arriba mencionadas; para la fecha de corte del proyecto, en restitución de tierras se habían dictado aproximadamente 2700 sentencias, pero la mayoría de ellas se refieren a casos en los que una persona se considera víctima de despojo y abandono forzado y nadie discute ni su calidad ni la relación que tenía con el predio solicitado en restitución. En ese tipo de casos, la judicatura no lleva a cabo un análisis de la cadena de despojo y abandono forzado, más allá de lo necesario para dar por acreditado el requisito de ley. Mientras tanto, un grupo menor corresponde a casos en los que una persona se presenta como opositora a la restitución por tener una relación con el predio en cuestión que podría afectarse por la decisión de restituir. En dichos casos, una porción aún más pequeña involucra a empresas, empresarios o empresarias que se presentan como opositores.

De las 41 sentencias, 16 trataban de predios ubicados en los Montes de María, subregión especialmente afectada por el conflicto armado interno, y en donde la Unidad de Restitución de Tierras decidió focalizar su actividad al inicio de la ejecución de la política pública. Dado que estas eran las únicas decisiones concentradas en una región específica, estas eran las que permitían identificar patrones concretos de participación de actores económicos, por lo que el análisis se enfocó en estas. De manera que los datos derivados de allí deben entenderse como una representación somera de las dinámicas en los Montes de María, no en todo el territorio nacional.

Ninguno de los tres ejercicios analizados tenía como objetivo principal la develación del papel de los actores económicos en el conflicto armado colombiano. Justicia y Paz está diseñada como un proceso de rendición de cuentas de combatientes pertenecientes a grupos armados al margen de la ley que se postularan a unos beneficios penales a cambio de contribuciones a los derechos de las víctimas; Restitución de Tierras es una política pública que pretende abordar el problema del despojo y abandono forzado de tierras desde una perspectiva de garantía de derechos de la población víctima para así lograr su reparación, y la parapolítica respondió a un fenómeno espontáneo de acceso a información relacionada con el involucramiento de servidores públicos de elección popular con grupos armados al margen de la ley y la obligación de investigar, juzgar y sancionar dichas conductas.

A pesar de esto, los tres ejercicios tienen el potencial de evidenciar, desde sus propias lógicas internas y sin excederse en las competencias otorgadas por la Constitución y la ley a los jueces, fiscales y demás servidores públicos involucrados, la forma en que diversos actores económicos tuvieron participación en el conflicto armado interno.

El caso de restitución de tierras es bastante particular, pues si bien la política pública no está diseñada para llevar a cabo juicios de responsabilidad, ni penal ni administrativa, el diseño del proceso sí permite acercarse a la forma en que empresas y empresarios hicieron parte o propiciaron el abandono forzado o el despojo de tierras y territorios, sea real o jurídico. Así, la posibilidad de oponerse a la restitución por parte de empresas o empresarios que tuvieran intereses en el predio por restituir puede contribuir a develar si participaron o no en los hechos victimizantes. Incluso, cuando no participan en el proceso como opositores, pero han sido parte de la cadena de victimización, el Documento de Análisis de Contexto o la demanda presentada por la URT pueden dar cuenta de dicha participación. Así, si bien no existe un mandato claro y expreso de develación, el diseño del proceso y la intervención de diversos agentes sí coadyuva a esto.

De esa manera, es necesario tener en cuenta esto al momento de revisar los resultados de esta investigación en relación con el proceso de restitución de tierras. Lo que se pretende es presentar un panorama descriptivo aproximado de los resultados de la

política pública en términos de develación de la participación empresarial en el despojo y abandono forzado de tierras, no buscar formas de determinación de responsabilidad penal dentro de ese marco.

Por su parte, la parapolítica no fue una política pública diseñada con un objetivo específico, más bien fue la respuesta institucional a un fenómeno de connivencia y colaboración entre actores de la política electoral y grupos armados al margen de la ley. Así, la discusión estuvo enmarcada todo el tiempo en las normas sustantivas y procesales, y las lógicas del derecho penal común. Este marco, pensado en clave de responsabilidad penal individual y principio de legalidad estricto, pone el foco en la participación concreta del procesado en uno o varios delitos específicos. En ese orden de ideas, se hace difícil determinar la participación de personas no vinculadas formalmente al proceso penal, lo que no obstó para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) decidiera reconstruir, en algunas sentencias, el contexto general de los pactos entre paramilitares y políticos, o la relación de algunos parapolíticos con otros actores de la ilegalidad; sin que esto saliera de la órbita de una mera reconstrucción que tiene como objetivo colaborar en la adjudicación del caso concreto. Lo que aportan las sentencias de parapolítica aparece en este marco, no como un ejercicio consciente de develación.

Finalmente, en Justicia y Paz ocurre algo especial. La expedición de la Ley 975 de 2005 no implicó un mandato de develación concreta del papel de los actores económicos en el conflicto armado, específicamente en la creación y apoyo de grupos paramilitares. Ahora, en la modificación integral que se hizo de dicha normatividad a través de la Ley 1592 de 2012 sí se consideró necesario ampliar el mandato de la Fiscalía General de la Nación dentro del proceso penal especial de Justicia y Paz y obligarla a esclarecer cuáles eran las redes de apoyo y financiación de los grupos armados al margen de la ley. Función que termina trasladándose al ejercicio jurisdiccional de las salas de Justicia y Paz, aunque de manera menos precisa y concreta.

Dicho mandato concreto varió la forma en que se llevaron a cabo las investigaciones en el seno de Justicia y Paz. Tanto en el enfoque con el que la Fiscalía General de la Nación abordaba los casos, como en la redacción de las sentencias, que estaban sujetas

a la obligación de reconstruir el contexto y develar los patrones de macrocriminalidad pertinentes.

Si bien los tres ejercicios son diferentes, la información recolectada, tanto desde el punto de vista de las menciones a actores económicos como desde las metodologías de trabajo utilizadas, refleja el mayor impacto de Justicia y Paz en el avance de la agenda para responsabilizar a terceros. Uno de los factores que puede incidir en esto, como se explicó, es la modificación de la Ley 975 de 2005 y la imposición de una obligación concreta a jueces y fiscales al respecto. En restitución de tierras y parapolítica esto no aparecía, ni expresa ni tácitamente.

Ahora, al revisar la información recolectada el lector podrá darse cuenta de la inexistencia de menciones a relaciones entre actores económicos y grupos guerrilleros, especialmente las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN). Esto no se debe a una decisión de los investigadores de excluir estos datos, sino a su inexistencia dentro del universo de decisiones judiciales seleccionadas para la investigación. A pesar de que Justicia y Paz también era aplicable a desmovilizados individuales de grupos guerrilleros, para la fecha de corte no existían sentencias condenatorias contra personas que entraran por esta vía al proceso. Asimismo, parapolítica solo cuenta con una sentencia relacionada con las relaciones de Pedro Nelson Pardo Rodríguez con el Frente XVI de las FARC-EP en el Guainía, y allí se registraron muy pocas menciones. Finalmente, la focalización de restitución de tierras ha estado dirigida, en gran parte, al norte del país, en sitios donde las relaciones de despojo y abandono forzado de tierras estuvieron determinadas preeminentemente por el accionar paramilitar. Así, el hecho de que en este estudio no aparezcan menciones a relaciones entre actores económicos y grupos guerrilleros no significa que estas no existieron, los datos levantados no indican eso, simplemente demuestran que en los tres grupos de sentencias analizados no se llevó a cabo un abordaje de este fenómeno.

Explicada entonces la metodología utilizada para realizar la investigación en que se basa esta parte del texto, a continuación se llevará a cabo el análisis de cada uno de los grupos de sentencias seleccionados. En este estudio no se hace una revisión de la literatura existente hasta el momento sobre conflicto armado, actores

económicos y rendición de cuentas por cuanto lo que se pretende es aportar al debate con una fuente nueva de información: aquella recolectada y procesada contenida en las sentencias analizadas.²

Justicia y Paz³

Para la jurisdicción de Justicia y Paz, a corte de marzo de 2017, se encontraron un total de 39 sentencias en las que se menciona a actores económicos como presuntos actores en el conflicto, todas estas emitidas por las salas de Justicia y Paz de los tribunales de Bogotá, Medellín y Barranquilla en el marco del proceso transicional derivado del acuerdo entre el Gobierno colombiano y las AUC para el desarme, la desmovilización y la reintegración de los bloques paramilitares que operaban en el territorio colombiano.

El presente apartado desarrolla las dimensiones arriba mencionadas con relación a las diferentes sentencias y a las menciones que en ellas se hace a actores económicos. Sobre esto es importante aclarar que quienes pueden ser procesados dentro del proceso transicional de Justicia y Paz son únicamente los excombatientes que se postularon al mismo en razón del proceso de desarme, desmovilización y reintegración desarrollado a partir del 2004.⁴ En ese entendido, las menciones a actores económicos aparecen más que todo en los contextos contruídos por la judicatura en las sentencias y en las exposiciones sobre declaraciones y pruebas recabadas en el proceso, pero no en juicios de responsabilidad penal explícitos contra estas personas. Este es un asunto que se explicará más adelante en el presente documento, pero que es

2 Para un análisis comprensivo en perspectiva histórica, periódica o de otra índole, se sugiere acudir a los estudios de María Teresa Ronderos (2014), Claudia López (2010), la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparación (2010), Francisco Gutiérrez (2017), entre otros.

3 Un estudio riguroso sobre el papel de los actores económicos en el conflicto armado colombiano a partir de decisiones judiciales se puede encontrar en el trabajo de Laura Bernal (2017).

4 “Podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley [de Justicia y Paz] los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que hayan sido o puedan ser imputados, acusados o condenados como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos [...], siempre que se encuentren en el listado que el Gobierno nacional remita a la Fiscalía General de la Nación” (Ley 975 de 2005, art. 10).

importante tener en cuenta durante la lectura de los resultados de la investigación.

Dimensión personal y sectorial

Se registraron 766 menciones en las sentencias de Justicia y Paz que se reparten, en razón de la naturaleza del sujeto, de la siguiente manera: 459 menciones a personas naturales o individuales (59,92 %) y 307 menciones a personas jurídicas (40,08 %). El primer hallazgo es entonces que la mayoría de menciones sobre actores económicos es a personas naturales o individuales, que en este caso constituyen comerciantes y agentes que desempeñan actividades comerciales e individuales a nombre propio. No obstante esta preeminencia, las menciones a personas jurídicas son significativas y también requieren atención.

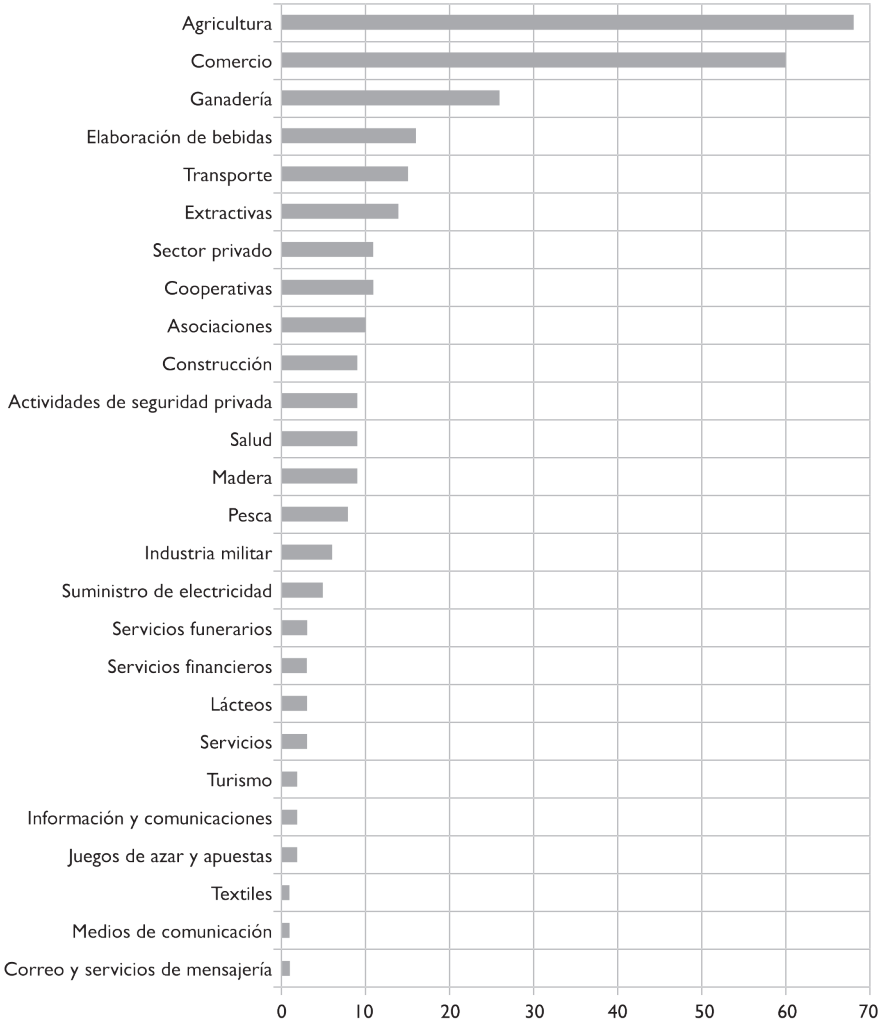
La distribución de personas naturales contra personas jurídicas tiene sentido si se toma en cuenta que la violencia paramilitar fue ejercida sobre todo en las zonas rurales del país. En estas locaciones ha primado la formación de un empresariado que está atado a mantener las relaciones de negocios a modo propio y usualmente en la informalidad. Tal es el caso de pequeños y grandes ganaderos o agricultores, por ejemplo.

Ahora bien, en lo que respecta a las personas jurídicas, se evidenció que existe un bajo análisis en las sentencias sobre las relaciones entre empresas multinacionales y actores armados. En Justicia y Paz solo se encontraron 25 menciones a este tipo de actores, la mayoría vinculados al renombrado apoyo dado por la industria del banano.⁵ Si se tiene en cuenta que fueron mencionadas 307 personas jurídicas, la participación de las multinacionales sería del 8,14 % y, en relación al total de menciones (766), sería el 3,26 %. Esta situación contrasta con las múltiples denuncias elevadas por diversas organizaciones de la sociedad civil acerca del involucramiento de empresas multinacionales de otros sectores

5 Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 9 de diciembre de 2014; condena de Jesús Ignacio Roldán Pérez, alias Monoche, M. P. Rubén Darío Pinilla Cogollo, p. 271. Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 30 de octubre de 2013; condena de Hebert Veloza García, alias H.H., M. P. Eduardo Castellanos Roso, pp. 766, 776.

GRÁFICA I

**Distribución de personas jurídicas mencionadas
en Justicia y Paz por sector económico**



FUENTE: elaboración propia.

en el auge del paramilitarismo,⁶ entre las cuales destaca el sector

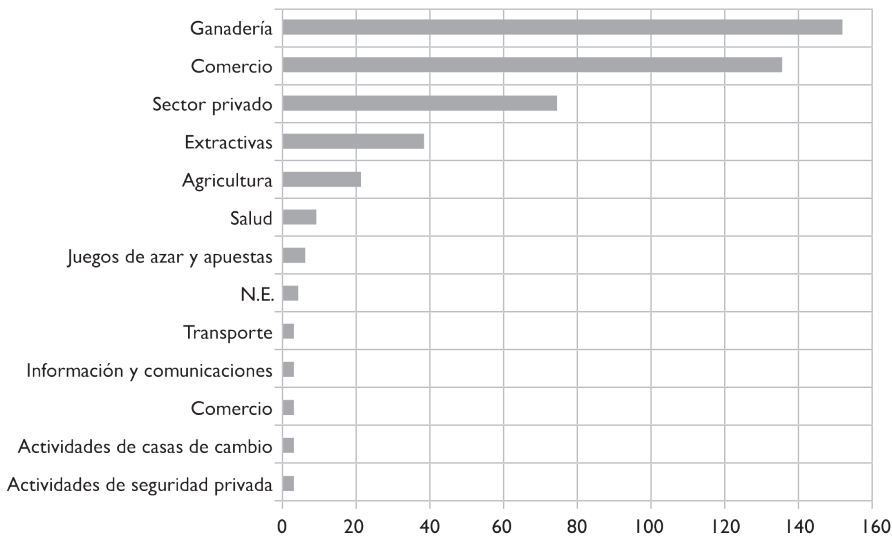
6 El pasado 6 de julio de 2017, la CIDH llevó a cabo una audiencia sobre la Justicia Especial para la Paz y la responsabilidad de terceros en Colombia en el marco del conflicto armado interno, y se mencionaron los casos de empresas como la Federación Nacional de Ganaderos y Comerciantes Bananeros y Ganaderos de Urabá, Termotasajero, Chiquita Brands, Multifruits, Del Monte, Banacol, Poligrow, Drummond, etc. Ver CIDH, Audiencia del 6 de julio de 2017. Justicia

extractivo. En esta diferencia se reflejan no solo las limitaciones de la investigación realizada, que se concentra en las menciones dentro de las sentencias, sino la falta de atención de la judicatura a estas denuncias o su lento avance en la Fiscalía General de la Nación.

La gráfica 1 presenta la distribución por sectores económicos⁷ de las personas jurídicas mencionadas, mientras que la gráfica 2 hace lo propio con las naturales o individuales.

De la comparación entre ambas gráficas se pueden derivar varias conclusiones. En primer lugar, se presenta una predominancia bastante marcada de las actividades de negocio relacionadas

GRÁFICA 2
Distribución de personas naturales mencionadas en Justicia y Paz por sector económico



FUENTE: elaboración propia.

Especial para la Paz y responsabilidad de terceros en Colombia. Recuperado de: https://www.youtube.com/watch?v=_Amh2Djbolc

7 La categorización por sectores económicos que se utilizó para este estudio se llevó a cabo a partir de la clasificación que lleva la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) de Colombia, adaptada a las necesidades de la investigación. Dicha adaptación consistió en agrupar distintas actividades pertenecientes a un mismo grupo en una sola categoría, pues la clasificación de la DIAN es supremamente exhaustiva y no permitiría sacar conclusiones si no se lleva a cabo un ejercicio de depuración previo.

con el campo y el uso de suelo rural; para el caso de las personas jurídicas, es especialmente importante el campo de la agricultura (68 menciones), relacionado con negocios de agroindustria y monocultivos a gran escala, y con el análisis extenso de las relaciones que los operadores de justicia hicieron sobre los sectores bananeros y palmeros en el Urabá,⁸ los ingenios azucareros en el Valle del Cauca⁹ y las arroceras en Tolima,¹⁰ mientras que para las naturales o individuales la ganadería (151 menciones) es el sector más mencionado. Esto sin perder de vista que para las personas jurídicas la ganadería también fue mencionada un número significativo de veces (23 menciones) y para las naturales o individuales ocurrió lo mismo con la agricultura (21 menciones).

Así las cosas, las actividades económicas relacionadas con el campo y el uso del suelo rural representan el 61,8 % de las menciones a personas jurídicas y el 65,36 % de las menciones a personas naturales o individuales. A esta conclusión sería posible adicionar aquellos actores que fueron mencionados y llevan a cabo actividades de índole extractiva, que para personas jurídicas fueron 14 menciones y para naturales o individuales 38.

El mapa 1¹¹ sitúa estas afirmaciones en un contexto geoespacial y refleja, de manera general, la distribución de menciones a actores económicos que desarrollan actividades relacionadas con la posesión, propiedad y explotación de la tierra.

8 Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 30 de octubre de 2013; condena de Hebert Veloza García, alias H. H., M. P. Eduardo Castellanos Roso, pp. 766, 776. Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 9 de diciembre de 2014; condena de Jesús Ignacio Roldán Pérez, alias Monoleche, M. P. Rubén Darío Pinilla Cogollo, pp. 276, 295, 484.

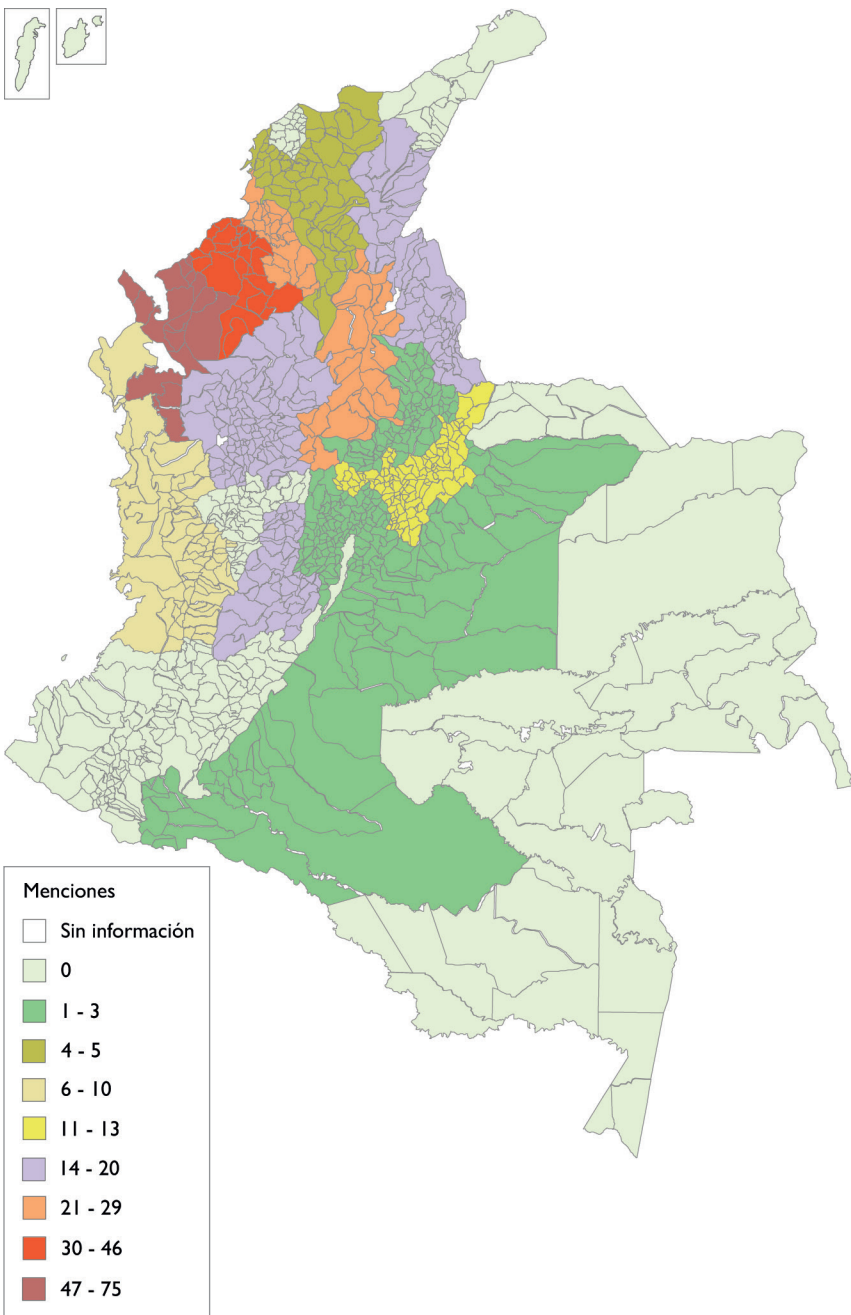
9 Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 9 de diciembre de 2014; condena de Jesús Ignacio Roldán Pérez, alias Monoleche, M. P. Rubén Darío Pinilla Cogollo, p. 290.

10 Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 7 de diciembre de 2016; condena de Atanael Matajudíos, M. P. Uldi Teresa Jiménez López, pp. 390, 413, 634.

11 Es importante aclarar que los mapas diseñados para el presente texto solo muestran las menciones a actores económicos halladas en el curso de la investigación. No reflejan la realidad de las interacciones entre estos y los grupos armados, solo aquellas que han sido reveladas por la judicatura en los ejercicios derivados de Justicia y Paz, parapolítica y Restitución de Tierras.

MAPA I

Menciones a actores económicos relacionados con la tierra por departamento o región, Justicia y Paz



FUENTE: elaboración propia.

Por otro lado, las actividades comerciales ocupan el segundo renglón en menciones, tanto para personas naturales o individuales (135 menciones) como para jurídicas (57 menciones). Estas se refirieron, en particular, al comercio legalmente constituido y a pequeña escala de bienes como el gas propano y la venta de combustible, productos alimenticios y otros artículos y enseres. Así, las dinámicas de colaboración se daban a escala de negocios muy focalizados en los municipios (empresas locales, estaciones de servicio, restaurantes, entre otros) y, a partir de allí, aparece un catálogo amplio en donde se incluyen la salud, el transporte, la producción y comercialización de bebidas, entre otras.

Este análisis demuestra que en el funcionamiento de los grupos armados estuvieron involucrados todo tipo de sectores económicos, desde aquellos que se dedicaban al comercio a pequeña escala, hasta grandes hacendados ganaderos, pasando por multinacionales bananeras y gremios empresariales. Esto no implica que todos los mencionados participaron de forma voluntaria; como se explicará más adelante, una proporción considerable de actores fueron víctimas de coacción. Ahora, también cabe resaltar que en un gran número de menciones no hubo una identificación clara del sector de la economía al que pertenecía el empresario, como en casos en los que fueron reseñados como “empresario” o parte del “sector privado”¹² (85 menciones: 11 para personas jurídicas y 74 para naturales); esta última fue utilizada como categoría residual para reflejar esta situación.

Dimensión regional

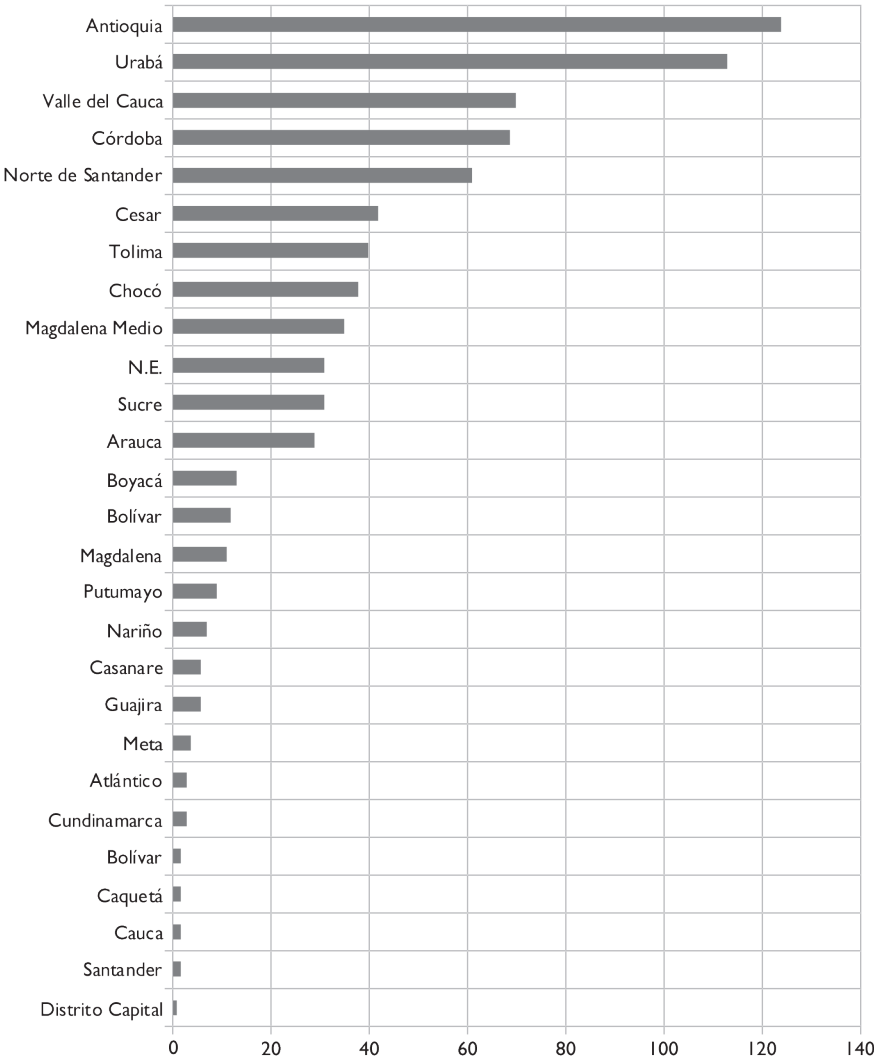
Las decisiones judiciales en Justicia y Paz han tratado de develar las redes de apoyo a actores económicos en al menos 27 departamentos o regiones,¹³ con diferencias significativas entre ellas. Estas se dieron, sobre todo, en términos del número de menciones a

12 La categoría “sector privado” es utilizada en el estudio para registrar actividades que no son determinadas claramente en las sentencias, como cuando se hace referencia a un “empresario” o a una “importante empresa”.

13 Para el análisis del componente regional se individualizaron dos regiones en aras de representar de mejor manera las dinámicas: Urabá y Magdalena Medio. Esto, a pesar de que dichas regiones comprenden distintos departamentos.

GRÁFICA 3

**Distribución de menciones a actores económicos
en Justicia y Paz por departamento o región**



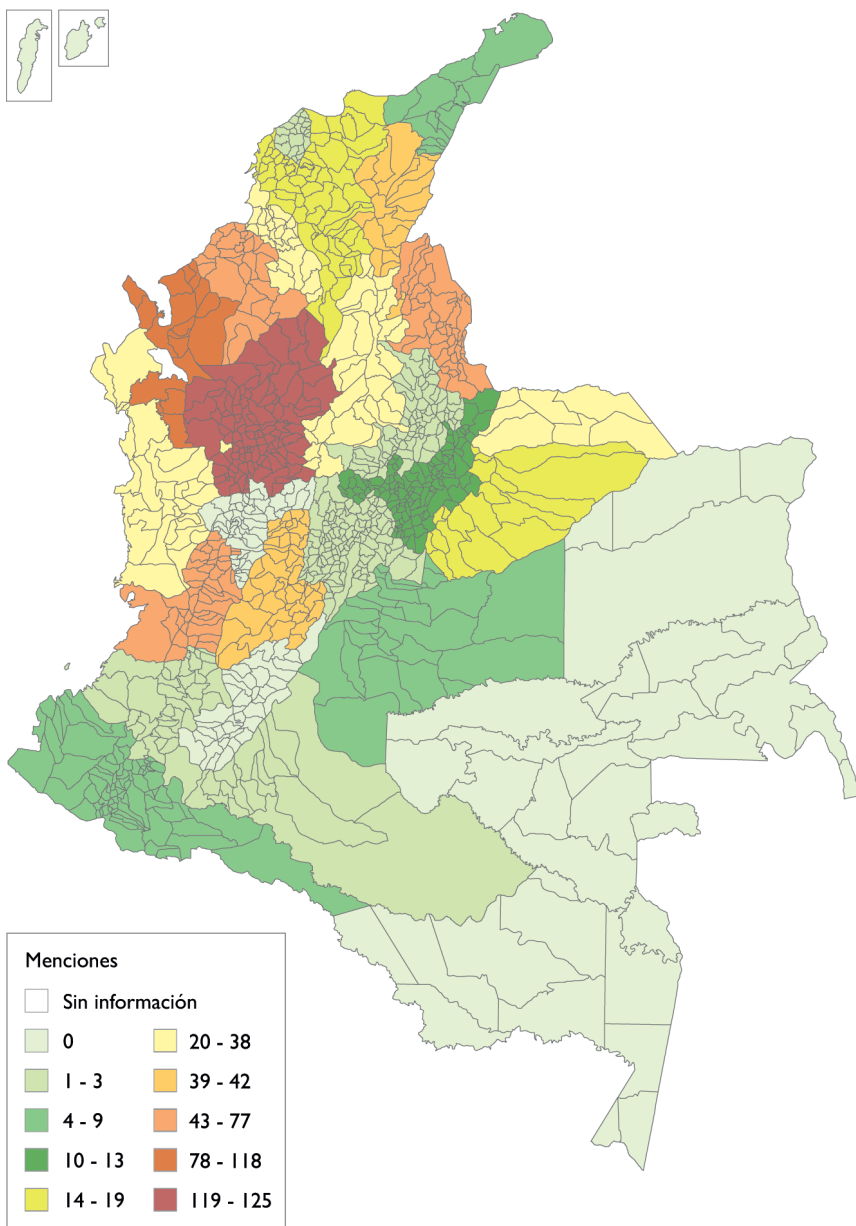
FUENTE: elaboración propia.

actores económicos entre una y otra, situación que principalmente tiene que ver con los casos paradigmáticos que se ventilaron ante la jurisdicción y el ámbito territorial que las distintas estructuras paramilitares consolidaron para desarrollar su proyecto criminal (gráfica 3).

El mapa 2 traslada estos datos a un contexto geoespacial.

MAPA 2

Distribución de menciones a actores económicos en sentencias de Justicia y Paz



FUENTE: elaboración propia.

Del universo de menciones en Justicia y Paz la mayoría se concentra en Antioquia, los departamentos de la Costa Caribe, Norte de Santander y Valle del Cauca. Allí no solo hubo una mayor actividad paramilitar, con la presencia de bloques como el Bananero, Catatumbo, Élder Cárdenas, Héroes de los Montes de María y Calima, sino que, en consideración a las macroestructuras judicializadas, estos territorios guardan relación con los casos más connotados como los de Salvatore Mancuso, Ever Veloza (alias H. H.) y Jesús Roldán (alias Monoleche), donde aparecieron gran cantidad de relaciones con las élites económicas locales.

Ahora, la región del Urabá, que comprende municipios del norte antioqueño y chocoano, sufrió desmedidamente el fenómeno del desplazamiento forzado, acompañado de despojo por parte de empresas fachada de la casa Castaño, identificadas en el renombrado caso de Urapalma (El Espectador, 2017; Bernal, 2017a).¹⁴ Mientras que en el Magdalena Medio, que está compuesto por 15 municipios ubicados en 6 departamentos de la cuenca del río Magdalena, la alianza de los paramilitares se daba con enclaves ganaderos en toda la región, no solo para habilitar el surgimiento de las estructuras sino para su consolidación, especialmente en Puerto Boyacá (Boyacá) y luego en las acciones de los distintos bloques de las AUC (Ronderos, 2014).

La mayoría de menciones no fueron tan específicas como para poder identificar el municipio en donde ocurrieron los hechos, pues para las sentencias de Justicia y Paz solo se determinaron 58 municipios, correspondientes a 238 menciones. Según varios operadores judiciales entrevistados para esta investigación, esta situación se debió principalmente a la información aportada por los postulados en sus versiones libres o en los interrogatorios judiciales. Los desmovilizados, al ser cuestionados por sus relaciones con actores económicos, solían ser poco concretos a la hora de delimitar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de sus alianzas y colaboraciones mutuas. Esto, como se verá más adelante, también impactó la delimitación de fechas y violaciones de

14 Tribunal Superior de Medellín. Sala de Decisión Penal del 4 de noviembre de 2016. Apelación de sentencia de 30 de octubre 2014. Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín. Sentencia 05001 31 07 005 2011 01799 del 30 de octubre de 2014.

los derechos humanos cometidas por actores económicos y reseñadas en las sentencias.

No obstante, sobre los municipios identificados sí es posible llevar a cabo algunas consideraciones, específicamente sobre Buenaventura (Valle del Cauca, 13 menciones), Quibdó (Chocó, 23 menciones), Puerto Boyacá (Boyacá, 17 menciones), Tame (Arauca, 18 menciones) y Turbo (Antioquia, 31 menciones) por el elevado número de casos que se evidenciaron.

En Buenaventura es posible identificar el énfasis que la magistratura le dio a la relación de comerciantes del puerto con las actividades del bloque Calima, comandado por alias H. H.¹⁵ En El Guamo se gestó una alianza entre hacendados arroceros y ganaderos de la región, así como del sector turístico, para el establecimiento del bloque Tolima de las AUC, que continuó como una financiación a dicho grupo armado y connivencia en homicidios selectivos y masacres como la de Matoso y el Neme.¹⁶ Por su parte, Quibdó vivió un amplio repertorio de violaciones con el ingreso de alias Doble Cero a la región con el apoyo de comerciantes del casco urbano y empresarios mineros.¹⁷ En Puerto Boyacá, la concentración de menciones tuvo lugar por cuanto este municipio ha sido considerado como la cuna del paramilitarismo en Colombia; en ese sentido, las distintas sentencias hacen un recuento de cómo se gestó el “modelo de Puerto Boyacá” a través de un relacionamiento explícito de la Asociación Campesina de Ganaderos y Agricultores del Magdalena Medio (Acdegam) con grupos de autodefensa desde la década de 1980.¹⁸ Mientras que en Tame la mayoría de casos estuvieron asociados a exacciones a

15 Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 9 de diciembre de 2014; condena de Jesús Ignacio Roldán Pérez, alias Monoleche, M. P. Rubén Darío Pinilla Cogollo, p. 391.

16 Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 7 de diciembre de 2016; condena de Atanael Matajudíos, M. P. Uldi Teresa Jiménez López, pp. 381, 390, 792, 836, 837, 1441.

17 Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 30 de enero de 2017; condena de Rodrigo Zapata Sierra y otros, M. P. Rubén Darío Pinilla Cogollo, pp. 126, 129, 365, 452.

18 Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 9 de diciembre de 2014; condena de Jesús Ignacio Roldán Pérez, alias Monoleche, M. P. Rubén Darío Pinilla Cogollo, pp. 71, 72 76, 77, 190. Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 16 de abril de 2012, M. P. Eduardo Castellanos Roso, p. 111.

pequeños comercios como estaciones de gasolina.¹⁹ Y Turbo, que tiene el mayor número de menciones, está permeado por la labor judicial en casos de adquisición ilegal de bienes y tierras por parte de agricultores palmeros y ganaderos de la región, así como del subsecuente desplazamiento forzado de población civil causada por acciones del bloque Élder Cárdenas dentro del municipio, en particular en el corregimiento de Tulapas, perteneciente al Urabá antioqueño.²⁰

Ahora bien, si se combinan las dimensiones sectorial y regional es posible evidenciar distintos repertorios de relaciones entre grupos paramilitares y actores económicos locales. Para fines expositivos se concretó el análisis de dinámicas regionales a partir de seis grupos: i) Antioquia, Chocó y Urabá; ii) Caribe; iii) Centro, Magdalena Medio y Arauca; iv) Pacífico; v) Santanderes y, vi) los departamentos del sur de Colombia.²¹

Antioquia, Chocó y Urabá

En Antioquia fue el comercio, con 81 menciones, el sector en el que más énfasis hubo por su apoyo al accionar de grupos paramilitares, en especial el bloque Élder Cárdenas, comandado por alias El Alemán y que tenía influencia desde Medellín (Antioquia) y el Magdalena Medio hasta el Urabá. Luego están los ganaderos, con un número reducido de casos (13 menciones), que fueron nombrados por apoyar el surgimiento y la consolidación de varios grupos como los bloques Bananero, Élder Cárdenas, Metro y Mineros.

Por su parte, en el Urabá los actores económicos que predominantemente fortalecieron el proyecto paramilitar fueron los agroindustriales, con 64 menciones, entre ellos las comercializadoras

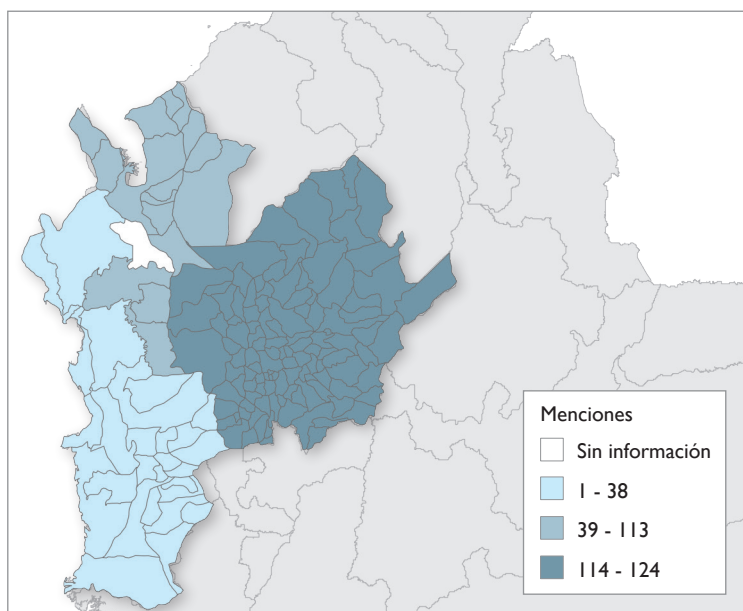
19 Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 9 de diciembre de 2014; condena de Jesús Ignacio Roldán Pérez, alias Monoleche, M. P. Rubén Darío Pinilla Cogollo, pp. 429, 439. Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 9 de septiembre de 2016; condena de Fredi Alonso Pulgarín Gaviria, M. P. María Consuelo Rincón.

20 Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 9 de diciembre de 2014; condena de Jesús Ignacio Roldán Pérez, alias Monoleche, M. P. Rubén Darío Pinilla Cogollo, p. 484.

21 Los datos que sustentan los mapas y las gráficas que aparecen en las siguientes secciones se encuentran al final del texto, en el Anexo de Datos.

MAPA 3

Menciones a actores económicos en Justicia y Paz: Antioquia, Urabá y Chocó



FUENTE: elaboración propia.

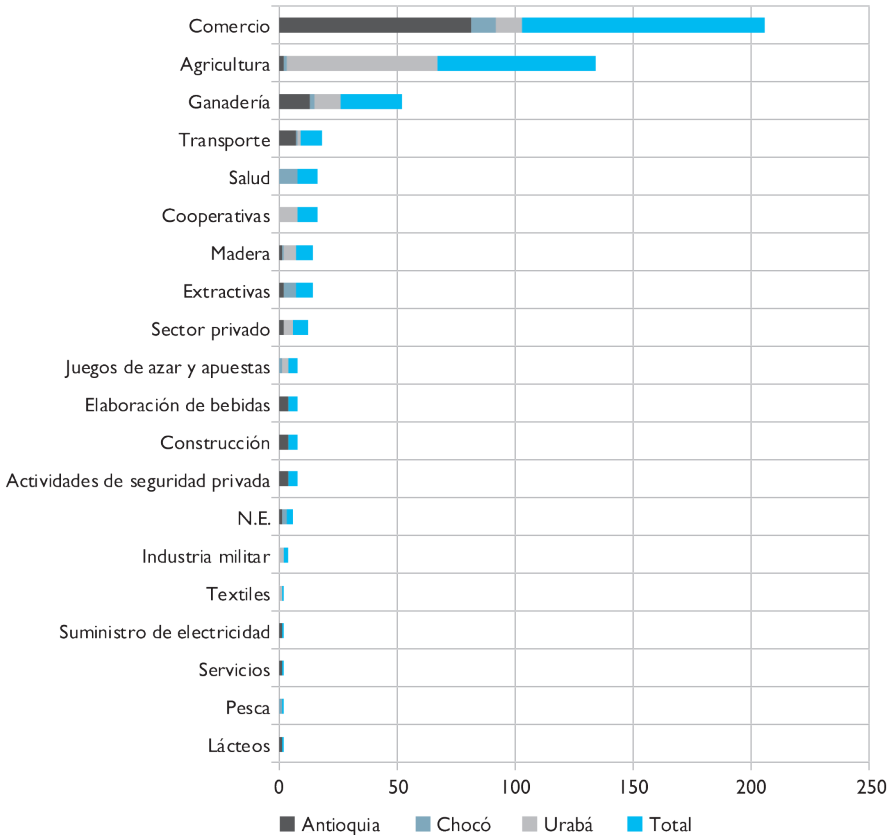
bananeras (algunas de ellas filiales de Chiquita Brands), y los proyectos de palma africana y caucho; la mayoría de ellos para apoyar al bloque Bananero, comandado por Raúl Hasbún, que a su vez era un antiguo empresario bananero.²² Allí también hay un número considerable de ganaderos (11 menciones), que sobre todo sirvieron a los grupos paramilitares como habilitantes del accionar de los bloques, como en su momento lo fue el Fondo Ganadero de Córdoba, cuyo presidente fue judicializado, así como otras asociaciones de ganaderos como la Asociación de Ganaderos del Urabá Grande (Aganar). Dicha habilitación operó de distintas maneras, la mayoría de veces a partir de la apertura de ventanas de oportunidad para el ingreso de paramilitares o de su financiación.²³

22 Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 9 de diciembre de 2014; condena de Jesús Ignacio Roldán Pérez, alias Monoleche, M. P. Rubén Darío Pinilla Cogollo, p. 275.

23 Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Sentencia

GRÁFICA 4

Distribución de menciones por sector económico en Justicia y Paz: Antioquia, Chocó y Urabá



FUENTE: elaboración propia.

Y en el Chocó los grupos consolidados eran aquellos que venían del Urabá chocoano, tales como el bloque Élder Cárdenas, cuyas interacciones con el comercio a pequeña escala, en particular establecimientos comerciales en el casco urbano de Quibdó, resultaban predominantes (11 menciones) (mapa 3, gráfica 4).²⁴

del 9 de diciembre de 2014; condena de Jesús Ignacio Roldán Pérez, alias Monoleche, M. P. Rubén Darío Pinilla Cogollo, p. 278. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 31653 del 27 de julio de 2011; condena de Édgar Eulises Torres y Odín Horacio Sánchez Montes de Oca, p. 71.

24 Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 30 de enero de 2017; condena Rodrigo Zapata Sierra y otros, M. P. Rubén Darío Pinilla Cogollo, pp. 129, 130.

Costa Caribe

La Costa Caribe, para los fines de este diagnóstico, comprende los departamentos de Atlántico, Bolívar, Cesar, Córdoba, La Guajira, Magdalena y Sucre.

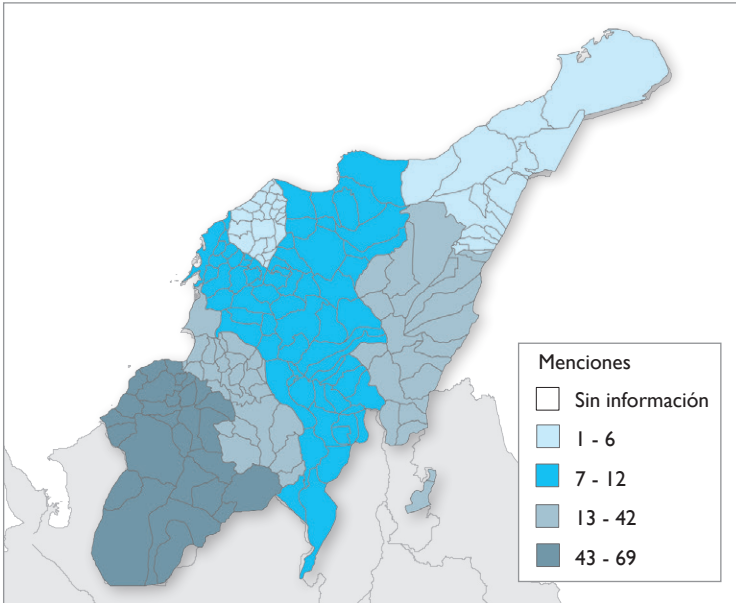
En el consolidado de la región, el sector ganadero, con 96 menciones, fue el más aludido en las sentencias, en tanto –como ha sido demostrado en distintas fuentes– la habilitación y exacerbación del conflicto en regiones como los Montes de María y el Cesar dependió en gran parte de la financiación y las estrategias de colaboración militar entre actores económicos y paramilitares, por ejemplo, con el establecimiento de lugares de reunión con las autodefensas en sus fincas.²⁵

La primera conclusión del análisis de las sentencias que en Justicia y Paz mencionaron actores económicos ubicados en la Costa Caribe es que no existe un estudio a profundidad sobre los empresarios que tuvieron mayor interacción con grupos paramilitares en los departamentos del Atlántico y La Guajira. Segundo, hay un énfasis marcado en la reseña de los ganaderos de la región, en particular en Córdoba y Sucre, algo que, si bien expone el nivel de confluencia entre estos y los actores armados, deja a un

25 Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 23 de abril de 2015; condena de Jorge Eliécer Barranco Galván y otros, M. P. Rubén Darío Pinilla Cogollo. Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 12 de noviembre de 2014; condena de Juan Francisco Prada Márquez, M. P. Léster María González Romero, pp. 98, 99. Tribunal Superior de Barranquilla. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 8 de enero de 2014; condena de Luis Carlos Pestaña Colorado, M. P. Gustavo Aurelio Roa Avendaño. Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 30 de agosto de 2013; condena de Rodrigo Pérez Alzate, M. P. Uldi Teresa Jiménez López. Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz; condena de Salvatore Mancuso y otros, M. P. Alexandra Valencia Molina, p. 462. Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 12 de junio de 2013; condena de Armando Madariaga Picón y Jesús Noraldo Bastos, M. P. Uldi Teresa Jiménez López, p. 5. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 26118 del 19 de diciembre de 2007. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 35227 del 8 de febrero de 2012; condena de José María Imbeth Bermúdez y otros. Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 27 de junio de 2016; condena de Wilson Salazar Carrascal, M. P. Eduardo Castellanos Roso, pp. 349, 380, 453. Tribunal Superior de Barranquilla. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 26 de agosto de 2016; condena de Randys Julio Torres Maestre, M. P. Jose Haxel de la Pava Marulanda. Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 11 de julio de 2016; condena de Javier Antonio Quintero Coronel, M. P. Alexandra Valencia Molina, pp. 58, 59.

MAPA 4

Menciones a actores económicos en Justicia y Paz: Caribe colombiano



FUENTE: elaboración propia.

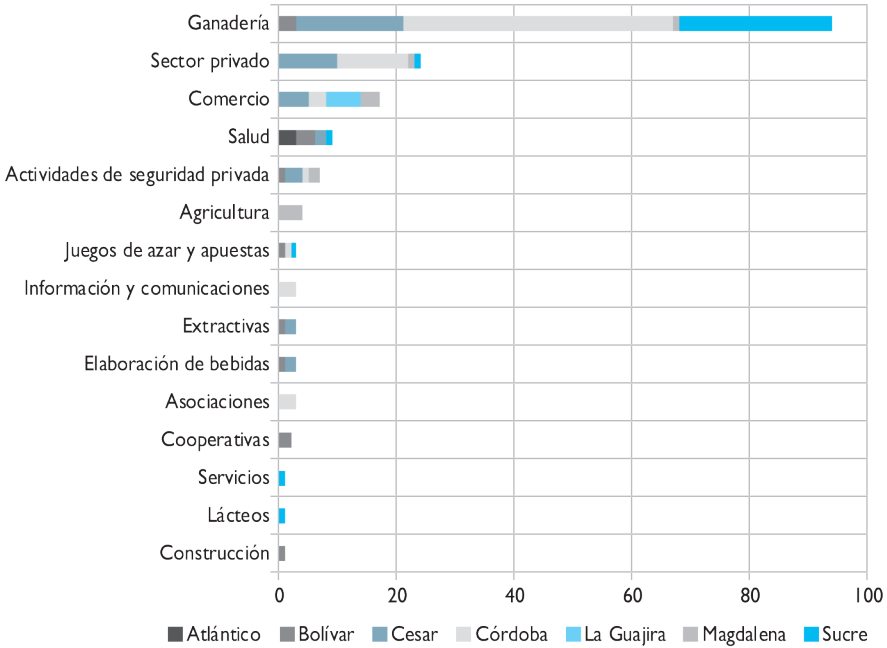
lado la develación de otras interacciones, como aquellas con las empresas extractivas y palmeras en el Caribe que han sido abordadas por otros estudios.²⁶ Y, en tercer lugar, llama la atención el porcentaje considerable de menciones a comerciantes guajiros, principalmente aquellos asentados en Riohacha, que voluntariamente financiaron el Frente Contrainsurgente Wayuu del bloque Norte de las AUC (mapa 4, gráfica 5).²⁷

26 Un informe de Dejusticia y el Business & Human Rights Resource Centre (Gómez y Regaignon, 2015) resalta la responsabilidad corporativa en las violaciones de los derechos humanos causadas en el contexto de la explotación de carbón en la costa Caribe colombiana. Por otro lado, un informe de PAX (Moris y van de Sandt, 2017, pp. 30-31) señala que las empresas mineras Drummond y Prodeco eran conscientes de la violencia paramilitar en la región del Cesar: “a pesar del hecho de que Drummond y Prodeco debieron haber sido conscientes de la violencia a gran escala que tuvo lugar cerca de sus operaciones mineras, la información disponible para nosotros indica que estas empresas no hicieron ningún intento aparente para evitar que las grandes violaciones de los derechos humanos ocurrieran”.

27 Tribunal Superior de Barranquilla. Sala de Justicia y Paz. Sen-

GRÁFICA 5

Distribución de menciones por sector económico en Justicia y Paz: Antioquia, Chocó y Urabá



FUENTE: elaboración propia.

Centro del país, Magdalena Medio y Arauca

Al Magdalena Medio se ha hecho referencia de forma reiterada porque fue un área de influencia de múltiples bloques de las AUC y, especialmente, porque es considerado como el “laboratorio paramilitar” donde surgieron grupos de autodefensas como Los Escopeteros, un movimiento organizado en las Autodefensas Campesinas de Puerto Boyacá (Medina, 1990).

Allí las interacciones entre actores económicos y armados se dieron sobre todo en el gremio ganadero, a través de Acdegam. Estas personas se asociaron para colaborar en el surgimiento de pequeños grupos de autodefensa y, sobre todo, para fortalecer las Autodefensas Campesinas de Puerto Boyacá. Asimismo, el resto de relaciones que se identificaron fueron alrededor de pequeños

comerciantes de la región que establecían alianzas con los grupos paramilitares locales.

Ahora, falta mucho por explorar en los departamentos de Boyacá y Cundinamarca. En Boyacá solo se estudiaron a fondo las relaciones entre paramilitares y mineros esmeralderos en torno al grupo de Los Carranceros, estimulados por la financiación de los segundos.²⁸ Por otro lado, en Cundinamarca se registró una mención a una cooperativa lechera que presuntamente estuvo relacionada con la perpetuación de una masacre en el corregimiento de La Horqueta, en el municipio de Tocaima;²⁹ asimismo, se registraron menciones a otros ganaderos que estaban involucrados en la creación del bloque Centauros de las AUC.³⁰ Y en el Tolima, el apoyo financiero por parte de arroceros y ganaderos de Coello, El Guamo y San Luis fue crucial para la consolidación del bloque Tolima de las AUC.³¹

Por su parte, en los Llanos Orientales, específicamente en los departamentos de Arauca, Casanare y Meta, se registraron dinámicas diferenciadas de complicidad entre actores económicos y armados. Para el caso de Arauca, como fue analizado por la magistratura, los cobros coaccionados de dinero por parte del bloque Vencedores de Arauca, comandado por Orlando Villa Zapata, fueron la regla, en particular a pequeños comerciantes y estaciones de servicio.³² Sin embargo, a juzgar por el número reducido de personas involucradas aún parece clave dilucidar las complejidades de estas interacciones. En el Meta, las actividades

28 Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 9 de diciembre de 2014; condena de Jesús Ignacio Roldán Pérez, alias Monoleche, M. P. Rubén Darío Pinilla Cogollo, p. 310.

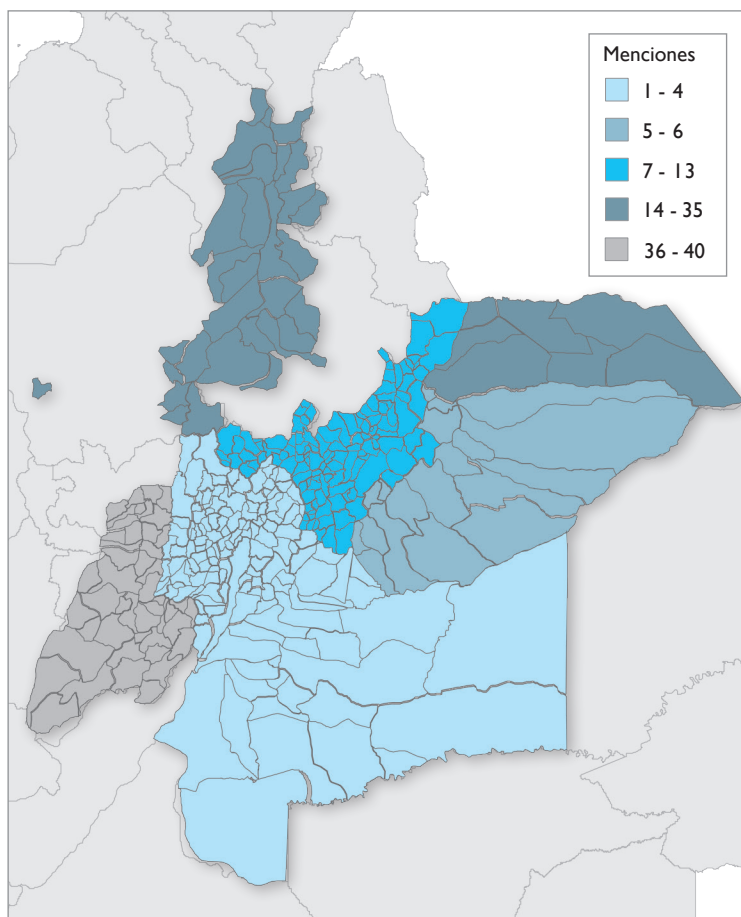
29 *Ibid.*, p. 284.

30 Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 25 de julio de 2017; condena de Manuel de Jesús Pirabán y otros, M. P. Alexandra Valencia Molina, pp. 447, 451, 614, 778.

31 Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 3 de julio de 2015; condena de Jhon Fredy Rubio Sierra y otros, M. P. Uldi Teresa Jiménez López, pp. 390, 396. Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 7 de diciembre de 2016; condena de Atanael Matajudíos, M. P. Uldi Teresa Jiménez López, p. 413.

32 Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 16 de abril de 2012; condena de Orlando Villa Zapata, M. P. Eduardo Castellanos Roso, p. 111. Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz; condena de Orlando Villa, Ferney Alvarado Pulgarín y otros, M. P. Uldi Teresa Jiménez López, pp. 841, 848.

MAPA 5
Menciones a actores económicos en Justicia y Paz:
centro y oriente del país



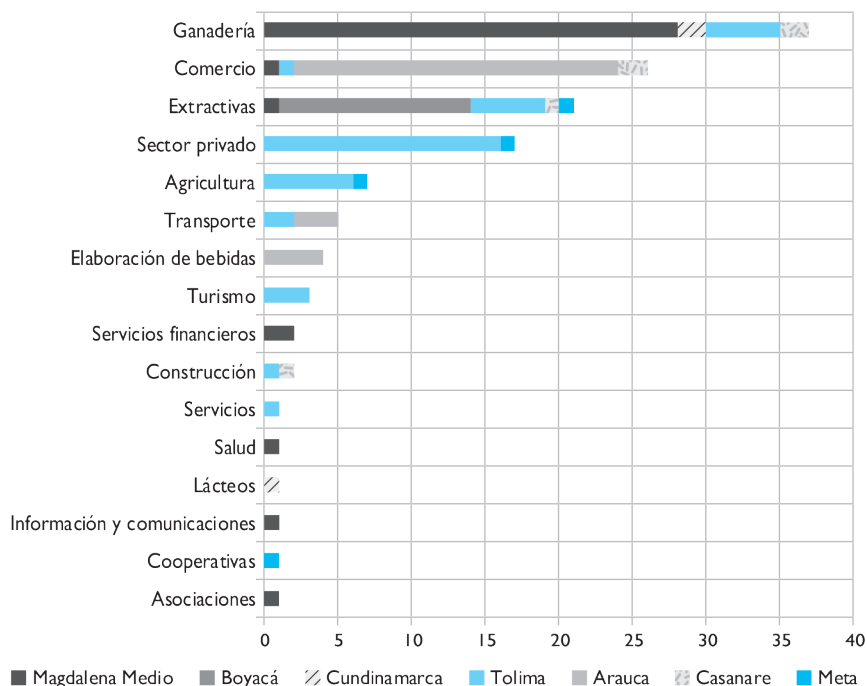
FUENTE: elaboración propia.

de agricultura de palma, extractivas y de trabajo cooperativo fueron las más referenciadas. Empresas agroindustriales de palma presuntamente tuvieron relaciones con alias Mauricio, paramilitar del bloque Centauros, que los liberó del cobro de exacciones.³³ Y en cuanto al sector extractivo aparecieron referencias a Víctor

³³ Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 25 de julio de 2017; condena de Manuel de Jesús Pirabán y otros, M. P. Alexandra Valencia Molina.

GRÁFICA 6

Distribución de menciones por sector económico en Justicia y Paz: centro del país, Magdalena Medio y Arauca



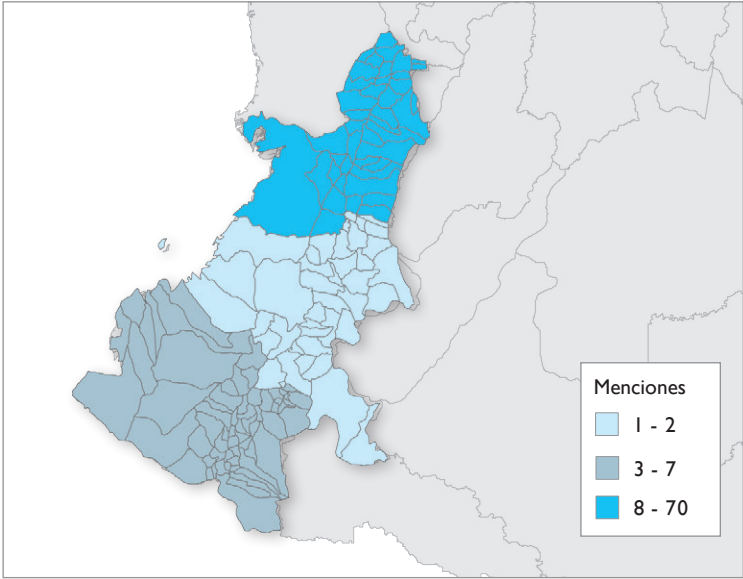
FUENTE: elaboración propia.

Carranza Niño como uno de los precursores que habilitaron el actuar del mismo bloque en el departamento (mapa 5, gráfica 6).

Pacífico

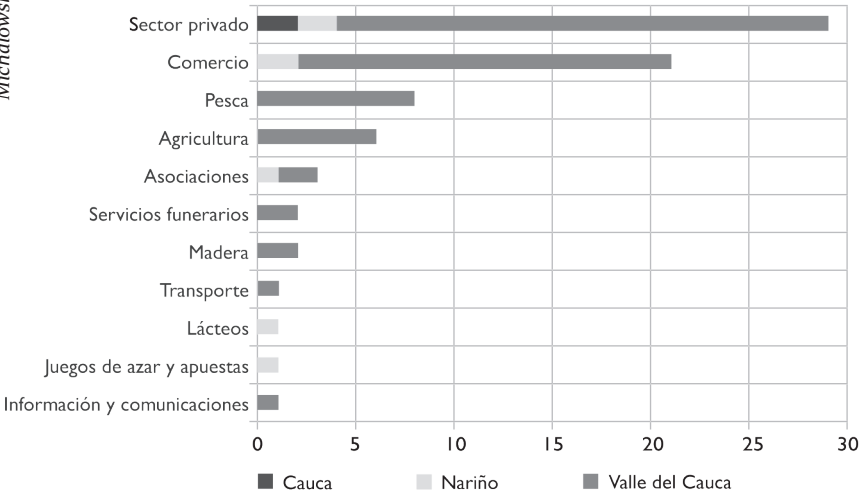
En los departamentos del litoral pacífico colombiano (Cauca, Nariño y Valle del Cauca) se evidenció que los grupos armados que sostenían relaciones con actores económicos variaban según el tipo de región donde se hubiesen consolidado. Por ejemplo, se encontraron menciones de empresarios en Nariño que colaboraron en la consolidación de la presencia del bloque Central Bolívar en el departamento. Lo mismo ocurrió en el Valle del Cauca y el norte del Cauca, donde la interacción del bloque Calima con empresarios y pequeños comerciantes fue omnipresente tanto para habilitar la entrada del bloque en estos territorios como para facilitar su financiación. Sobre ese primer fenómeno, en varias decisiones se resaltó el rol que tuvieron industriales, ganaderos

MAPA 6
Menciones a actores económicos en Justicia y Paz:
Pacífico



FUENTE: elaboración propia.

GRÁFICA 7
Distribución de menciones por sector económico
en Justicia y Paz: Pacífico



FUENTE: elaboración propia.

y azucareros en el ingreso de los paramilitares al Valle del Cauca. En parte por eso muchos de los mencionados fueron categorizados como “sector privado”, en tanto hacían parte de la clase empresarial valluna y así fueron referenciados en las decisiones;³⁴ por su parte, el número amplio de entradas de sectores como el comercio o la pesca se debió a la relación del bloque con los establecimientos de comercio y pesca de Buenaventura que facilitaron el actuar de ese bloque en el puerto, de forma voluntaria o por coacción (mapa 6, gráfica 7).³⁵

Santanderes

Los departamentos de Santander y Norte de Santander sufrieron con algidez la violencia paramilitar. En especial el segundo sufrió una escalada de acciones violentas tras la incursión del bloque Catatumbo, al mando de Salvatore Mancuso, en la región de la frontera colombo-venezolana. A pesar de que sobre el actuar de este bloque existen tres sentencias condenatorias, tanto a su comandante como a otros mandos importantes como Jorge Iván Laverde, alias El Iguano,³⁶ que documentan el contexto de violencia en este departamento, el número de menciones explícitas a las redes de apoyo de actores económicos es muy reducido. Sin embargo, en estas decisiones se encontraron menciones a empresarios de una amplia gama de actividades económicas que realizaban aportes voluntarios al bloque, tanto para los frentes de frontera como los que operaban en Cúcuta, entre ellos el frente Tibú. La mayoría de menciones aludieron a comerciantes minoristas, ganaderos asociados en una agremiación de Norte de Santander, actividades extractivas relacionadas con la explotación de hidrocarburos y carbón y, en menor medida, actores económicos

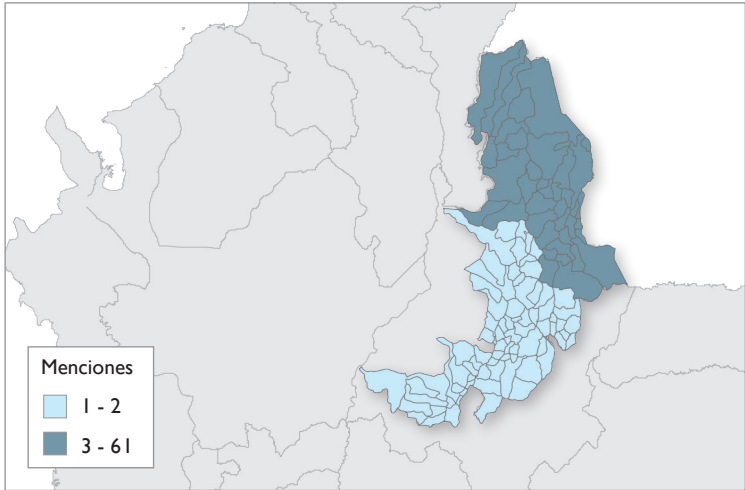
34 Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 9 de diciembre de 2014; condena de Jesús Ignacio Roldán Pérez, alias Monoleche, M. P. Rubén Darío Pinilla Cogollo, p. 388, 390.

35 *Ibid.*, p. 391.

36 Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 31 de octubre de 2014; condena de Salvatore Mancuso y otros, M. P. Alexandra Valencia Molina. Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 2 de diciembre de 2010; condena de Jorge Iván Laverde Zapata, M. P. Uldi Teresa Jiménez López. Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 29 de junio de 2011; condena de Aramis Machado Ortiz, M. P. Alexandra Valencia Molina.

MAPA 7

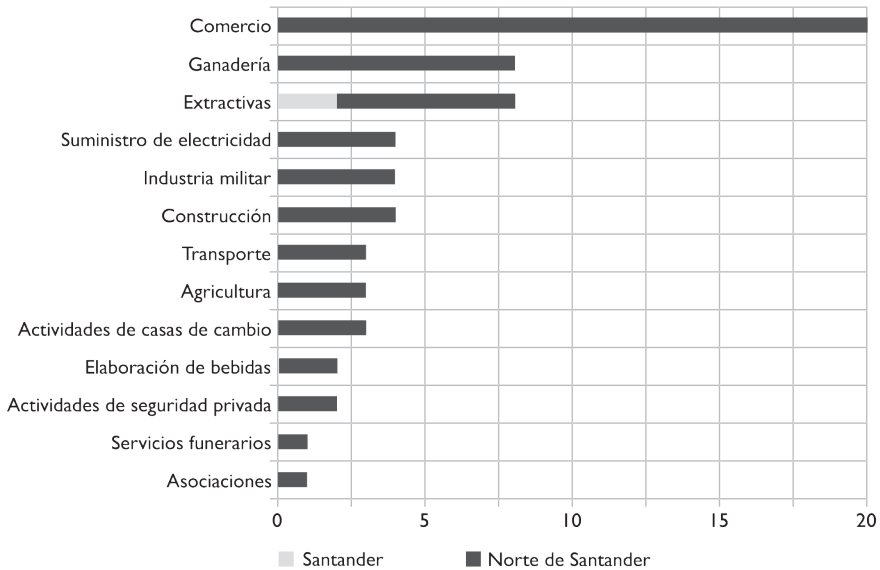
Menciones a actores económicos en Justicia y Paz:
Santanderes



FUENTE: elaboración propia.

GRÁFICA 8

Distribución de menciones por sector económico
en Justicia y Paz: Santanderes



FUENTE: elaboración propia.

ligados a las casas de cambio de la ciudad de Cúcuta, industria militar, agricultores arroceros y una empresa de elaboración de bebidas no alcohólicas.

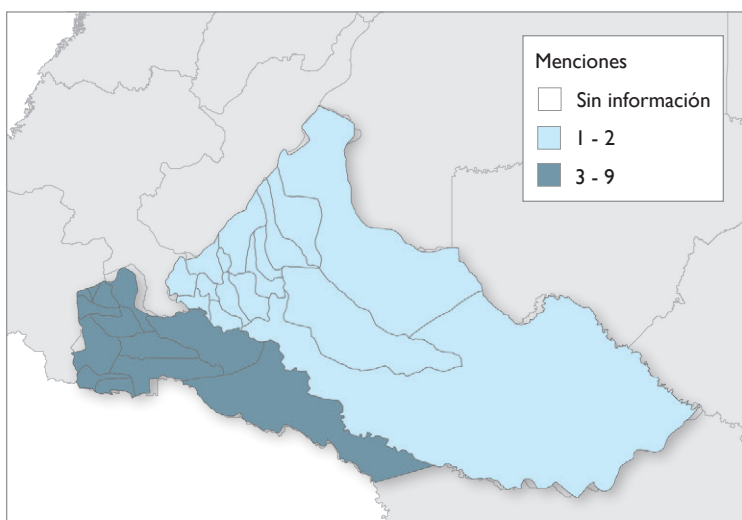
Por su parte, las menciones en el departamento de Santander fueron casi nulas. Solo se encontraron tres referencias explícitas a actores involucrados en la explotación de hidrocarburos en Barrancabermeja (mapa 7, gráfica 8).³⁷

Sur de Colombia

En los departamentos del sur de Colombia solo se encontró un puñado de menciones a actores económicos Caquetá y Putumayo, a quienes usualmente se vinculaba con el accionar del bloque Central Bolívar de las AUC. Esta situación prende las alarmas sobre la necesidad de ahondar en los estudios sobre las relaciones entre actores económicos y armados en esta zona del país. Esto es más importante si se tiene en cuenta que esta fue una región con una profunda incidencia de las FARC-EP y que seguramente será

MAPA 8

Menciones a actores económicos en Justicia y paz: sur del país

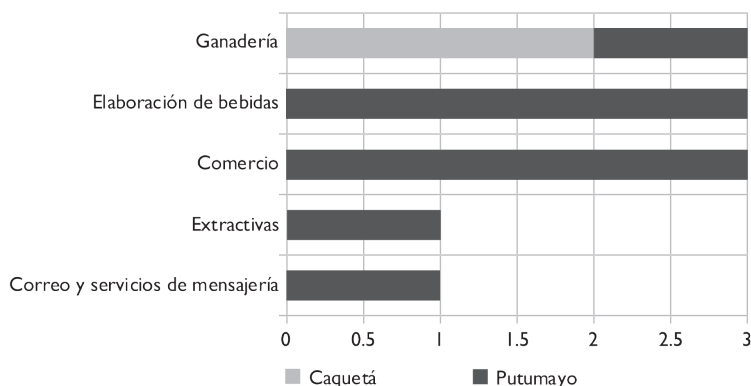


FUENTE: elaboración propia.

37 Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 30 de agosto de 2013; condena de Rodrigo Pérez Alzate, M. P. Uldi Teresa Jiménez López, p. 2.

GRÁFICA 9

Distribución de menciones por sector económico en Justicia y Paz: sur del país



FUENTE: elaboración propia.

necesario un estudio de contexto amplio por parte de las dependencias de la JEP.

Al igual que en otras regiones estudiadas, el comercio minorista, la ganadería y otros actores vinculados con la elaboración de bebidas, actividades extractivas y servicios de correo fueron mencionados. Sin embargo se reitera que, por lo limitado del análisis sobre relaciones en estos departamentos por parte de la magistratura de Justicia y Paz, es apresurado lanzar conclusiones más detalladas sobre la manera en que operaron (mapa 8, gráfica 9).

Modalidades de participación de actores económicos en el conflicto armado interno

El análisis realizado a las sentencias de Justicia y Paz reveló que la participación de actores económicos en el conflicto armado no tomó una única forma, más bien se desarrolló de manera diferencial. Este apartado busca presentar una tipología, no taxativa o estricta, de las modalidades en que se desarrolló dicha participación. La primera corresponde al apoyo económico o financiero de los actores económicos al grupo armado, y, la segunda, a la forma en que tuvieron incidencia en las dinámicas de despojo y abandono forzado de tierras.

Estas son solo dos de las modalidades que la información recolectada arrojó, pero son las que más veces aparecieron dentro

de las menciones y que, por tanto, tienen más relevancia para este estudio. Asimismo, son algunas de las que presentan los desafíos dogmáticos más significativos, como se verá en la segunda parte de este libro. Las formas de atribución de responsabilidad penal individual a actores económicos por su financiación al conflicto o por su participación en dinámicas de despojo y abandono forzado de tierras deben aclararse con el fin de potenciar la agenda de rendición de cuentas. Justicia y Paz presenta un panorama fáctico significativo sobre la ocurrencia de ambos.

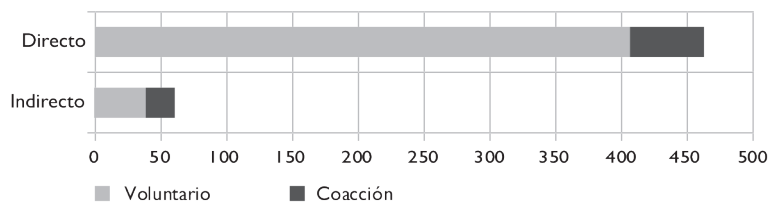
Apoyo económico o financiero

En las decisiones de Justicia y Paz quizá la práctica en la que más se enfatizó fue en la del financiamiento a grupos paramilitares, en el sentido de si existió un aporte económico al actor armado por parte del actor económico. En 524 de las 766 menciones se pudo verificar que los magistrados hacían referencia a un aporte económico al grupo paramilitar. Para efectos de clasificación de este número amplio de menciones se decidió considerar dos características que se observan reiteradamente en el contexto en que eran mencionados los actores económicos como financiadores. Por un lado, la voluntariedad de pago, es decir, si se enfatiza en que el aporte económico se hizo de manera voluntaria o coaccionada –esta última, producto de la llamada “vacuna”–, y, por el otro, si existió o no intermediación en el pago; esta es una evaluación sobre si el aporte fue realizado directamente al actor armado o si tuvo un paso previo en la cadena. Ahora, dicho aporte económico no está relacionado directamente con la comisión de un delito concreto; es decir, lo que tiene en cuenta la variable es si se entregó el aporte o no, no la relación del mismo con un delito, por ejemplo, si se pagó para la comisión de un homicidio.

La gráfica 10 presenta la distribución de los aportes, que corresponde a: i) coacción directa, 57; ii) coacción indirecta, 22; iii) pago voluntario directo, 406 y, iv) pago voluntario indirecto, 39.

En la mayoría de menciones en que se identificó algún tipo de aporte económico a un grupo paramilitar estos fueron voluntarios, frente a un número menor de aportes coaccionados, aunque en general no hay un análisis profundo sobre los conceptos de voluntariedad y coacción relacionados con la participación de terceros en hechos relacionados con el conflicto. Así, como se

GRÁFICA 10
Distribución de menciones a aportes económicos
en Justicia y Paz



FUENTE: elaboración propia.

explica en la segunda parte de este capítulo, una categorización “voluntario-coaccionado” depende necesariamente del criterio que el despacho o la sala utilizaron, algo que no es tan transparente en muchos casos. Lo anterior no quiere decir que se pueda concluir que hubo mayores aportes voluntarios que coaccionados a los grupos armados, sino que en el contexto de las decisiones de Justicia y Paz aquellos fueron los que más se resaltaron. Asimismo, la regla general también fueron los aportes directos, mientras que la minoría de indirectos corresponde a agremiaciones u otros actores económicos que servían de intermediarios para hacer llegar el aporte al grupo armado.

Ahora bien, la financiación a los grupos también tuvo variaciones según las actividades económicas a las que se dedicaban los actores identificados. Para el caso de los aportes voluntarios directos, la ganadería fue la que más menciones tuvo (140 menciones), en particular por las agremiaciones departamentales e individuos. En ese orden le siguen las actividades comerciales (64 menciones) y de agricultura (37 menciones).

Tratándose de aportes voluntarios indirectos, el mayor número de menciones fueron hechas a personas relacionadas con la agricultura (27 menciones), en especial por el extenso análisis que se hace en varias decisiones judiciales sobre la intermediación para el pago de empresas comercializadoras bananeras en el Urabá.

En cuanto a los aportes coaccionados directos, el gremio más mencionado fue el del comercio minorista (36 menciones), especialmente en los departamentos de Arauca y Norte de Santander, que se dedicaban, entre otros, a la venta de combustible, artículos

y enseres. Mientras que en los casos de aportes coaccionados indirectos, el mayor número de menciones correspondió a las distribuidoras de gas propano en el Urabá (12 menciones), que según consta en las decisiones judiciales, eran obligadas a realizar pagos por la cantidad de gas transportado, fenómeno que se asemejó a lo ocurrido con comerciantes y fabricantes de bebidas (6 menciones) en el Putumayo, a quienes se les establecía una cuota en razón de un avalúo de la empresa o el negocio que el bloque Central Bolívar realizaba.

Este es un asunto que deberá ser estudiado de manera más juiciosa en términos jurídicos por parte de los operadores que participarán en el proceso transicional derivado del Acuerdo Final de Paz (AFP). La distinción entre un aporte coaccionado o voluntario no es tan clara como parecería, algo que se evidenció al momento de construir la base de datos de menciones. En el presente texto, dentro de la segunda parte, se cita la forma en que la jurisprudencia internacional ha abordado el asunto y se hacen algunas propuestas al respecto, a partir de lo dispuesto en el derecho colombiano o, en todo caso, la armonización de ambas fuentes para efectos de mayor claridad en las investigaciones que impulsen la agenda de rendición de cuentas de actores corporativos por hechos cometidos en el marco del conflicto armado.

Despojo y abandono forzado de tierras y territorios

En este análisis se tomó la totalidad de menciones en la base de datos, con inclusión de parapolítica y restitución de tierras, por la forma en que se desarrollan las dinámicas de despojo y abandono de tierras y la riqueza de un análisis transversal en este tema. En el apartado correspondiente a Restitución de tierras del presente capítulo se lleva a cabo el análisis completo de las decisiones respectivas, y en la segunda parte de este texto se analiza nuevamente este asunto, pero desde una óptica jurídica.

Cuarenta de los 817 registros totales (que incluyen tanto Justicia y Paz como parapolítica) se refieren concretamente a actores económicos (empresas) involucrados en desplazamiento y despojo de tierras. De estos, 5 actuaron en modalidad de autoría (coautor, 4; autor mediato, 1) para el despojo de tierras, fundamentalmente en los departamentos de Córdoba y Magdalena, y en la región de Urabá. Los registros faltantes (35) corresponden a empresas cuya

participación se dio por la complicidad en el accionar de los actores armados, en su mayoría en la región del Urabá (31), pero también en los departamentos de Córdoba (3) y Tolima (1).

Algunas de estas eran empresas-fachada de los actores armados, mientras otras se valían de las acciones violentas para acceder a la propiedad de la tierra y, en su mayoría, estaban dedicadas a actividades del sector agropecuario (cultivo de palma africana y de caucho, 16) en la región de Urabá; frente a los restantes registros (19), la mayoría no especifica el sector o la actividad productiva (15), y algunos pocos se dedicaban al comercio (3) y los servicios (1).

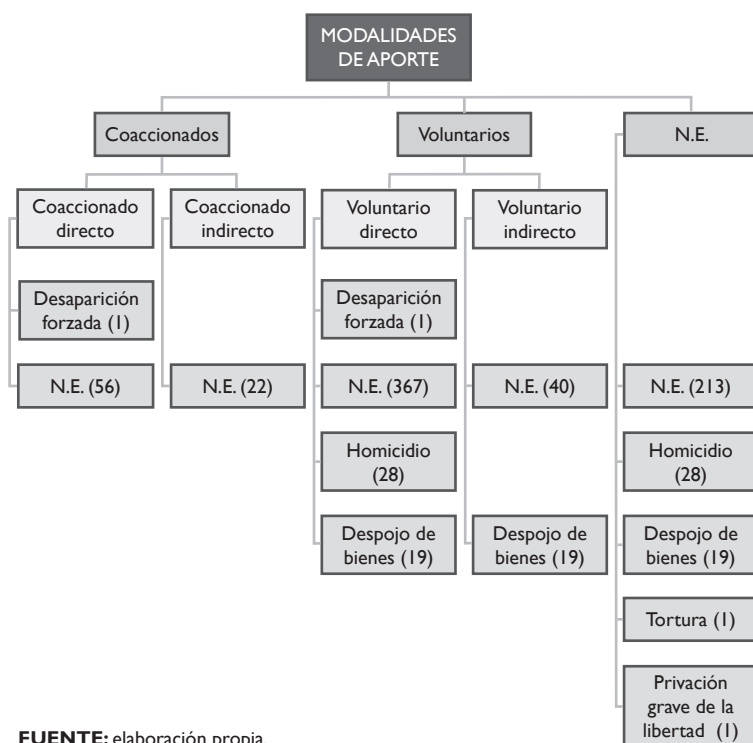
Otros 28 registros corresponden a personas naturales que tuvieron alguna relación con empresas mencionadas (gerentes, administradores, representantes legales, etc.) o que en sí mismos se dedicaban al comercio. De estos, 9 casos corresponden a autoría (autoría mediata, 8; coautoría, 1) y los restantes 19 a participación (cómplice, 12; determinador, 7). La distribución territorial fue del siguiente tenor: Casanare (1 caso), Córdoba (13), Magdalena (1), Tolima (6) y Urabá (7).

Para comparar las menciones a actores económicos en relación con la modalidad de participación es necesario cruzar los datos utilizados para ambas mediciones, como aparece en la figura 1.³⁸

Respecto a la mayor cantidad de menciones relacionadas con despojo y abandono forzado de tierras no fue posible relacionarla con algún grado de participación de índole económica por parte del actor económico al grupo armado (38 menciones por despojo y 10 por desplazamiento). Es decir, pareciera que el tercero participa en la comisión de actos de despojo pero que para ello no contribuye a la comisión del delito con dinero o en especie. Podría entonces participar a través de la utilización de influencias dentro del grupo armado al margen de la ley para determinar en dónde se llevarían a cabo las amenazas o mediante acuerdos de beneficio común que no implicarían pagos o aportes; ahora, estas son hipótesis difíciles de verificar en los contextos de Justicia y Paz, pues los desmovilizados fueron renuentes a dar cuenta del tipo de aporte, más allá de lo que se pudo identificar en este estudio.

38 Los datos que soportan la figura 1 aparecen en el Anexo de Datos, al final del libro.

FIGURA I
Modalidades de aporte



FUENTE: elaboración propia.

Esto puede explicarse por la intención de no develar a quienes en la actualidad se benefician de una reconfiguración territorial y económica derivada del conflicto armado.³⁹

Lo siguiente en la lista (19 menciones) es la participación en el despojo a partir de apoyos económicos voluntarios directos por parte del actor económico al grupo armado. Aquí la relación parecemos evidente; el empresario o la empresa acuden a los combatientes con el fin de lograr que estos coadyuven a su actividad económica a partir del desplazamiento forzado y posterior despojo de tierras en una zona determinada, para lo cual entrega dinero o especies a cambio.

³⁹ Entrevista con un/a funcionario/a de la Dirección Social de la Unidad de Restitución de Tierras, entrevista de Dejusticia, diciembre de 2017.

Parapolítica

Los fallos de la CSJ por parapolítica se refieren a políticos profesionales por su participación en dinámicas del conflicto. Dichas decisiones estudiaron las alianzas entre grupos paramilitares, particularmente, la relación de los actores políticos con esas estructuras y, a partir de esto, desarrollaron un esquema de rendición de cuentas basado en desentrañar los pactos que subyacían a estas colaboraciones y los beneficios que ambas partes recibían por ello. Así, dado que el énfasis se hizo sobre estos últimos, la Corte no tuvo en cuenta de manera sistemática el eventual carácter económico de las actividades de las personas mencionadas en sus sentencias. Por ende, solo se introdujeron en la base de datos las menciones a “actores económicos” cuya actividad económica fue claramente señalada por los magistrados de la Sala, por ejemplo, comerciantes, empresarios, etc. Igualmente, dado que los sujetos pasivos de la acción penal son en este caso los personajes políticos citados anteriormente, las menciones a actores económicos también aparecen a lo largo de los fallos, pero no en juicios de responsabilidad penal explícitos contra estas personas.

Para el análisis sobre la jurisdicción ordinaria se eligieron las 63 sentencias de la Sala de Casación Penal de la CSJ que derivaron de la investigación, el juzgamiento y la sanción a las personas involucradas en el escándalo de la “parapolítica” hasta abril de 2017. Estos procesos se refirieron a la responsabilidad penal de personas que ocuparon cargos de elección popular y presuntamente recibieron ayudas o contribuciones por parte de grupos paramilitares a cambio de influencia política.

Otro de los escenarios donde la justicia ordinaria ha analizado el papel de los actores económicos en el conflicto armado interno es en los procesos llevados en contra de directivos y empleados de empresas por su vinculación con grupos paramilitares. En este estudio no se analizaron dichas providencias por cuanto son muy pocas, y el estado de cosas actual de transparencia y acceso a la información en la Rama Judicial no permite acceder a ellas fácilmente; no obstante, algunas se utilizaron en la segunda parte de este texto para llevar a cabo el análisis jurídico-penal.

Sin embargo, la importancia de esas decisiones para develar las relaciones entre grupos armados al margen de la ley y los terceros

entendidos como actores económicos es tal que algunas fueron retomadas por los tribunales de Justicia y Paz en sentencias como, por ejemplo, la condena contra Fredy Rendón Herrera, del bloque Élder Cárdenas. En ese sentido, un informe del ICTJ resalta:

Atinente al asunto de las relaciones del bloque con sectores de las Fuerzas Armadas, gremios, políticos locales y operadores judiciales [...] el Tribunal determina el apoyo de miembros de las fuerzas armadas, políticos, empresarios y ganaderos a la causa paramilitar, en un relato mucho más coherente, completo y fundamentado. Para apoyar sus aseveraciones sobre las alianzas entre las estructuras paramilitares y miembros de la sociedad civil, la Sala cita los diferentes fallos de la Corte Suprema de Justicia por parapolítica contra líderes políticos (Gaitán, 2014).

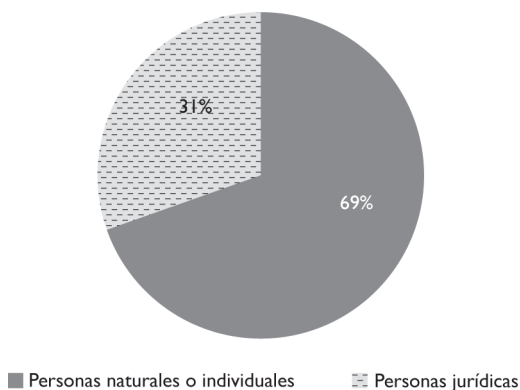
Los datos de este grupo de sentencias deben tomarse en su verdadera dimensión. La investigación arrojó una cantidad de menciones mucho menor para parapolítica que en las sentencias de Justicia y Paz. Esto se debe principalmente al modelo de reconstrucción de contextos adoptado en este y a la obligación impuesta por la Ley 1592 de 2012 de develar las estructuras de financiamiento y apoyo a los grupos paramilitares. En ese entendido, al revisar los datos reflejados en esta parte del informe es importante tener en cuenta que la información derivada de las sentencias de parapolítica fue mucho menos profusa y profunda; lo que no la hace menos significativa, simplemente no debe analizarse como si tuviera el mismo tamaño que la derivada de las sentencias de Justicia y Paz.

Para este grupo de sentencias se estudiarán la dimensión personal y sectorial, la dimensión regional y el tipo de participación.

Dimensión personal y sectorial

Las 53 menciones registradas en las sentencias de parapolítica se reparten, en razón de la naturaleza del sujeto, de la siguiente manera: 35 menciones a personas naturales o individuales (68,62 %) y 16 menciones a personas jurídicas (31,37 %). El primer hallazgo es entonces que la mayoría de menciones a actores económicos corresponde a personas naturales o individuales, aunque el número de personas jurídicas no deja de ser importante. Las 35 menciones a personas naturales o individuales corresponden a 28 individuos (de los cuales 3 son mujeres y 25 son hombres); esto

GRÁFICA 11
Menciones en las sentencias de parapolítica

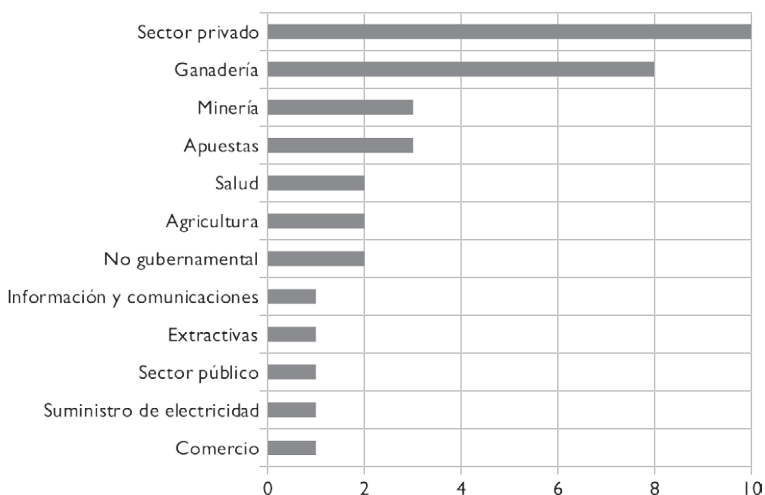


FUENTE: elaboración propia.

se debe a que una persona puede estar mencionada en distintas sentencias (gráfica 11).

La gráfica 12 ilustra la repartición de las menciones de la CSJ a personas naturales por sectores y muestra cómo en ese ámbito la ganadería ocupa un lugar clave. Del total de 35 menciones, 8 corresponden a individuos relacionados con el sector ganadero

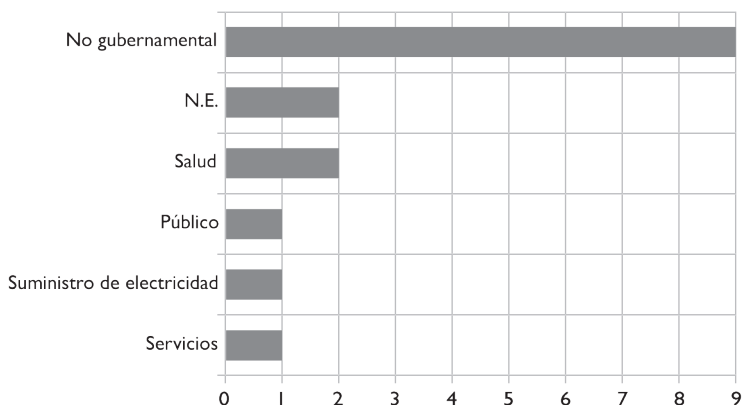
GRÁFICA 12
Distribución de personas naturales mencionadas en parapolítica, por sector económico



FUENTE: elaboración propia.

GRÁFICA 13

Distribución de personas jurídicas mencionadas en parapolítica, por sector económico



FUENTE: elaboración propia.

(22,85 %). El resto está repartido entre sectores como el de las apuestas (8,57 %), la minería (8,57 %), las organizaciones no gubernamentales (5,71 %), la agricultura (5,71 %), el sector de la salud (5,71 %), el comercio (2,85 %), el suministro de electricidad (2,85 %), el sector público (2,85 %), la información y comunicación (2,85 %) y las actividades extractivas (2,85 %). Las 10 menciones al “sector privado” (28,57 %) corresponden a una categoría residual que, como se explicó, se creó para englobar distintos casos en que la Corte no identificó claramente el sector de la economía al que pertenecía una persona.

Por su parte, la gráfica 13 ilustra la repartición de las menciones de la CSJ a personas jurídicas por sector económico. El principal hallazgo es que la mayoría de las menciones, 9 de 16, corresponden a organizaciones no gubernamentales (56,25 %). En algunas sentencias de parapolítica, como la que condena a Efrén Hernández Díaz,⁴⁰ los jueces analizaron el fenómeno del control de las autodefensas sobre el territorio a través de la creación y dirección de ese tipo de organizaciones de la sociedad civil. Es el caso, por ejemplo, de las Autodefensas Campesinas del Casanare

40 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 34017 del 28 de octubre de 2014; condena de Efrén Antonio Hernández Díaz, pp. 39, 118.

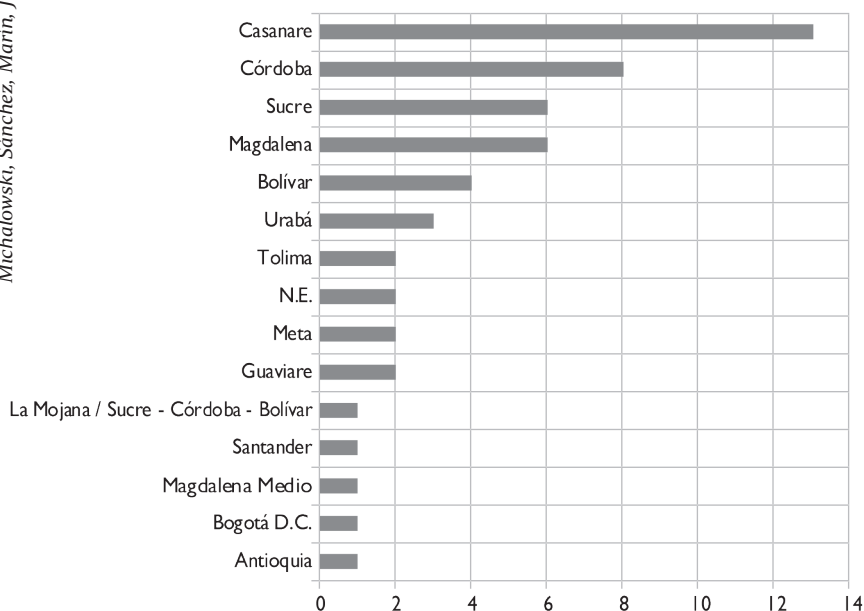
(ACC) que controlaban de esta manera el sur del departamento. Dicha sentencia explicitó el entramado de ONG creadas por las ACC, a través de las que realizaban actividades agropecuarias y, a la vez, ejercían control territorial.⁴¹

En una proporción menor aparecen las menciones relativas a los sectores de la salud (12,5 %), servicios (6,25 %), suministro de electricidad (6,25 %) y al sector público (6,25 %). En dos de las menciones (12,5 %) el sector no está claramente identificado.

Dimensión regional

Las sentencias de parapolítica estudiadas solo contienen menciones a personas de 15 departamentos. Esto no refleja necesariamente la repartición territorial de los actores económicos que apoyaron a los grupos armados al margen de la ley (paramilitares) o que participaron de una u otra manera en el conflicto, sino que ilustra que las sentencias de la Corte que trataron los casos de

GRÁFICA 14
Distribución de las menciones por departamento, sentencias de parapolítica



FUENTE: elaboración propia.

41 *Ibid.*

esos departamentos ahondaron más en la develación de dichos actores. La gráfica 14 ilustra la distribución por departamento. La mayoría de las menciones están concentradas en el departamento del Casanare (13), equivalentes al 24,52 %. Esto concuerda con los hallazgos de la Sala de Casación Penal relativos al control de las autodefensas a través de organizaciones no gubernamentales.

Luego está Córdoba con el 15 %, Magdalena y Sucre con el 11,32 % cada uno, Bolívar con el 7,54 %, Urabá con el 5,6 %, y Guaviare, Meta y Tolima con el 3,7 %. Otro 3,7 % corresponde a territorios que no fueron claramente identificados por la Corte. Igualmente, eventos acontecidos en Antioquia, Santander, Bogotá D.C., Magdalena Medio y la subregión de La Mojana (Sucre, Córdoba y Bolívar) fueron mencionados una vez cada uno, por lo que estas menciones representan cada una un 2,85 % del total. Ahora bien, si se revisan los sectores económicos con incidencia en cada departamento es posible llevar a cabo un análisis más detallado (mapa 9).⁴²

En Antioquia se registró una sola mención concreta, relativa a la venta de un helicóptero a quien era entonces jefe paramilitar, en el cual se desplazaron miembros de las autodefensas para asistir a una reunión de esa organización.⁴³ En Bolívar se registraron cuatro menciones relativas a dos empresarios del chance reseñados una vez como sector privado y otra, más precisamente, como pertenecientes al sector de las apuestas. En Bogotá se encontró una sola mención clara, relativa a un transportador que habría trabajado para un paramilitar.⁴⁴

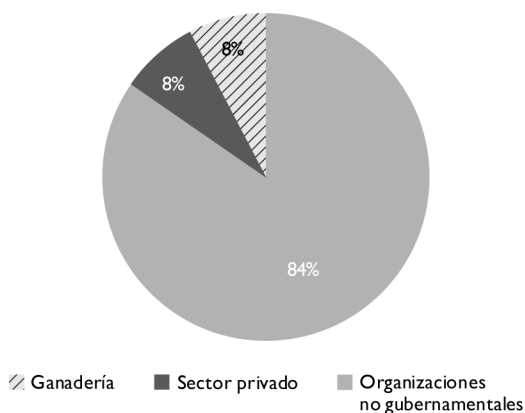
El departamento de Casanare es el ejemplo que mejor ilustra la utilidad de las sentencias de la Corte en la develación de las relaciones entre el paramilitarismo y diversos ámbitos sociales. En efecto, el análisis de la base de datos revela la construcción de estructuras camufladas (aquí, las ONG) por parte de los paramilitares

42 En algunos departamentos solo registramos una mención por lo que está enunciada pero no fue necesario realizar la gráfica correspondiente.

43 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 35687 del 26 de agosto de 2015; condena de Guillermo León Gaviria Zapata, pp. 2, 5.

44 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 31653 del 27 de julio de 2011, condena de Édgar Eulises Torres Muriello, pp. 33, 67, 102, 103, 229.

GRÁFICA 15
Menciones por sector económico en parapolítica:
Casanare



FUENTE: elaboración propia

para financiar, facilitar y habilitar su accionar en las regiones.⁴⁵ En el Casanare se encontraron 11 menciones a ONG, una mención al sector privado y una al sector ganadero (gráfica 15).

En Córdoba, con la mayoría de menciones relativas al sector ganadero, los resultados de las decisiones judiciales sobre parapolítica confirman los hallazgos de Justicia y Paz, donde se evidenció que en el consolidado de la región Caribe el sector ganadero también fue el más mencionado (gráfica 16).⁴⁶

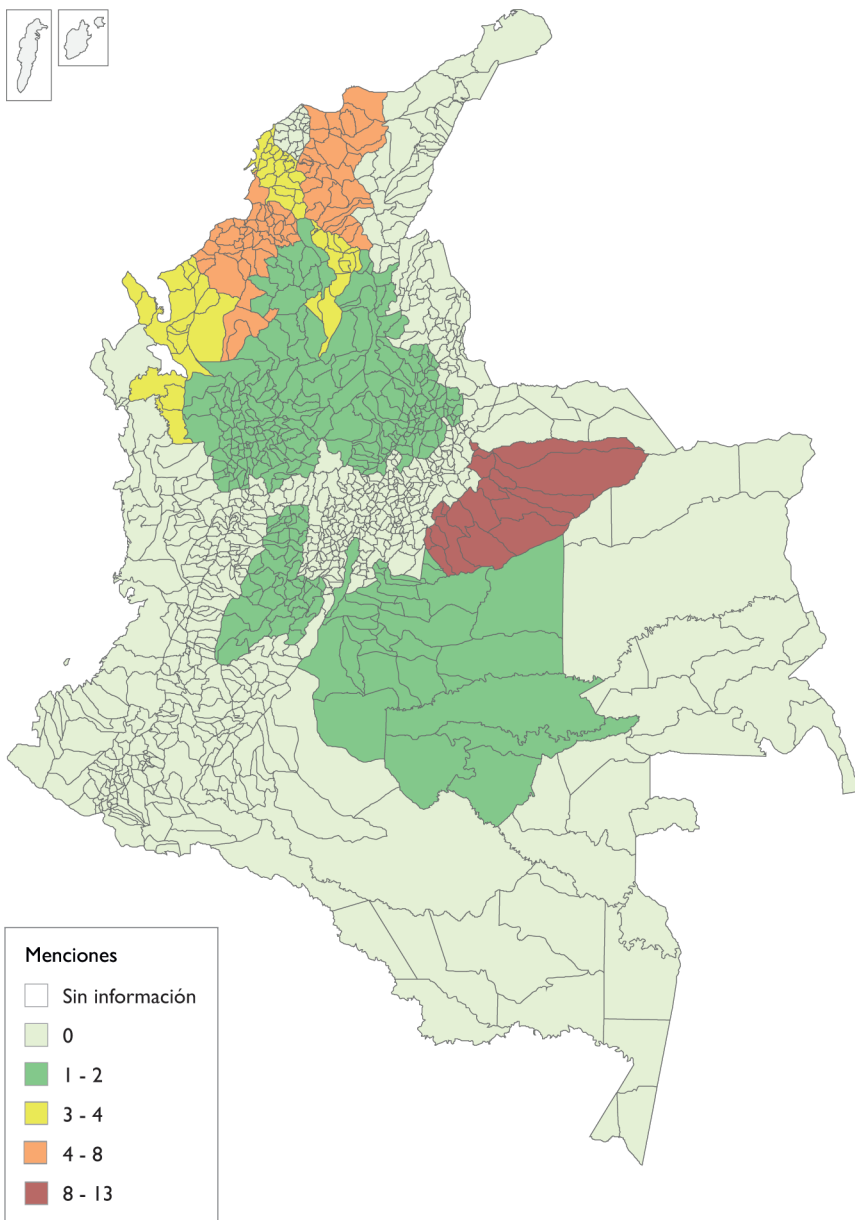
En el Guaviare se encontraron dos menciones. Una que atañe al sector minero, sobre miembros de una sociedad de explotación y exportación minera que habrían cedido su parte en el negocio a comandantes paramilitares, y otra sobre una fundación de titularidad de miembros de las autodefensas que contrataba con alcaldías y con el extinto Instituto Colombiano de Desarrollo

45 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 34017 del 28 de octubre de 2014; condena de Efrén Antonio Hernández Díaz, pp. 39, 118.

46 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 35227 del 8 de febrero de 2012; condena de José María Imbeth Bermúdez. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 27918 del 21 de febrero de 2011; condena de Mario de Jesús Uribe Escobar. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 31652 del 31 de mayo de 2012; condena de Mario Salomón Náder Muskus.

MAPA 9

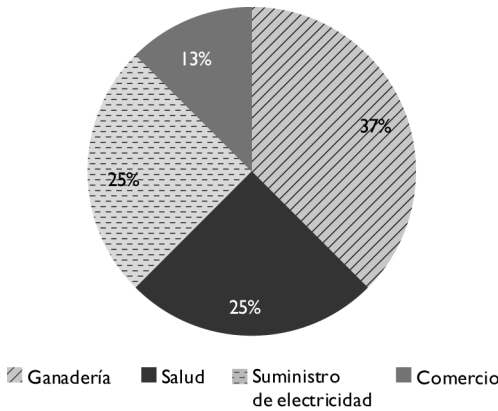
Menciones a actores económicos por departamento o región por parapolítica



FUENTE: elaboración propia.

GRÁFICA 16

Menciones por sector económico en parapolítica:
Córdoba



FUENTE: elaboración propia.

Rural (Incoder). Ambas están contenidas en la condena de Óscar de Jesús López Cadavid.⁴⁷

En la subregión de La Mojana, ubicada entre los departamentos de Sucre, Córdoba y Bolívar, llamó la atención para este estudio la mención a un ganadero, exmilitar, que apareció en un listado de financiadores de las autodefensas.⁴⁸

En algunos departamentos como Magdalena, la Corte también mencionó diversos sectores, lo que evidencia la dimensión del fenómeno de colaboración con los grupos armados desde distintos ámbitos de la sociedad (gráfica 17).

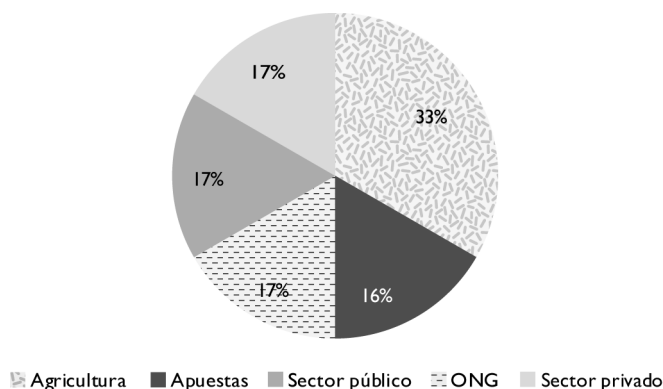
Por otro lado, a diferencia de las sentencias de Justicia y Paz, donde se encontraron 35 menciones al Magdalena Medio, en las decisiones de la CSJ la única suficientemente clara fue sobre un profesional de la salud de una EPS que expidió certificaciones sobre padecimientos de salud a varios políticos para que pudieran faltar a sus trabajos y atender reuniones con los paramilitares.⁴⁹

47 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 33260 del 19 de enero de 2011; condena de Óscar de Jesús López Cadavid, pp. 3, 14, 19, 38, 42.

48 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 32805 del 23 de febrero de 2010, condena de Álvaro Alfonso García Romero, p. 29.

49 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia

GRÁFICA 17
Menciones por sector económico en parapolítica:
Magdalena



FUENTE: elaboración propia.

En el Meta, las dos menciones que se encontraron en las decisiones judiciales tienen que ver con miembros del sector minero que tenían relaciones estrechas con las AUC.⁵⁰

En el caso de Santander, la relación es menos evidente; pero se reseñó porque se trata del director de un diario que impulsó desde su medio la candidatura de un reconocido parapolítico.⁵¹

En Sucre, como en el Magdalena, la Corte hizo una serie de menciones a diversos sectores en distintas sentencias, con relativa predominancia del sector ganadero.⁵² Cabe anotar en este caso

SP 32764 del 18 de enero de 2012; condena de Javier de Jesús Zapata Ortiz, p. 82.

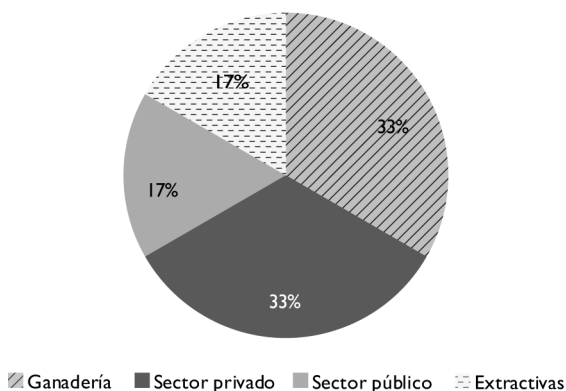
50 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 33260 del 19 de enero de 2011; condena de Óscar de Jesús López Cadavid, pp. 3, 4, 12, 13, 14, 38, 40, 41, 43, 4, 45, 48.

51 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 27408 del 18 de enero de 2012; condena de Óscar Josué Reyes Cárdenas, pp. 6, 7, 15.

52 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 26118 del 19 de diciembre de 2007; condena de Eric Julio Morris Taboada, pp. 62, 72. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 32805 del 23 de febrero de 2010; condena de Álvaro Alfonso García Romero, p. 29. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 32672 del 3 de diciembre de 2009; condena de Salvador Arana Sus, pp. 47-48. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 33053 del 27 de julio de 2011; condena de Jairo Enrique Merlano Fernández, p. 21.

GRÁFICA 18

Menciones por sector económico en parapolítica: Sucre



FUENTE: elaboración propia.

que en la sentencia contra Álvaro García Romero, la CSJ explicita que “la mayor parte de la dirigencia política de Sucre estaba por aquella época directa o indirectamente influenciada por la agrupación irregular”;⁵³ igualmente, resalta cómo se implantaron las autodefensas en la región para garantizar la seguridad de los ganaderos quienes, junto con sectores políticos, apoyaron el proyecto paramilitar (gráfica 18).

En el Tolima, las dos menciones encontradas son sobre un comerciante que habría financiado a las autodefensas.⁵⁴

Por último, se encontraron tres menciones sobre el Urabá: una relativa a convenios entre las autodefensas, un partido político y una EPS de la región,⁵⁵ otra, a una empresa relacionada con la parapolítica,⁵⁶ y otra mención a un ganadero que pertenecía al

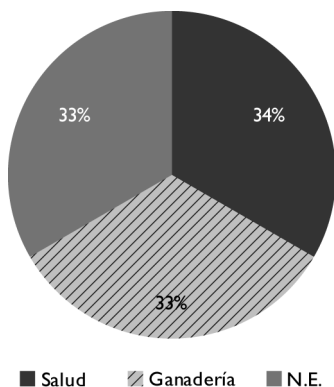
53 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 32805 del 23 de febrero de 2010; condena de Álvaro Alfonso García Romero, p. 68.

54 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 33015 del 7 de diciembre de 2011; condena de Javier Ramiro Devia Arias, p. 45. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 32792; condena de Luis Humberto Gómez Gallo, p. 16.

55 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 32764 del 18 de enero de 2012; condena de Luis Alberto Gil Castillo y Alfonso Riaño Castillo, pp. 32, 109.

56 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 30126 del 14 de diciembre de 2010; condena de Ramón Antonio

GRÁFICA 19
Menciones por sector económico en parapoltítica:
Urabá



FUENTE: elaboración propia.

proyecto político regional Urabá Grande, Unida y en Paz, auspiciado por las AUC (gráfica 19).⁵⁷

Modalidades de participación de actores económicos en el conflicto armado interno

Si se entiende el apoyo logístico de manera amplia, como soporte a la operación del grupo paramilitar en el ejercicio de sus actividades, aparecen diversos ejemplos como: venta o facilitación de helicópteros y transporte,⁵⁸ préstamo de fincas,⁵⁹ despojo,⁶⁰ entrega de medicamentos a las estructuras paramilitares,⁶¹ entrega

Valencia Duque, pp. 15, 36-37.

57 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 31653 del 27 de julio de 2011; condena de Édgar Eulises Torres Muriillo, p. 71.

58 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 35687 del 26 de agosto de 2015; condena de Guillermo León Gaviria Zapata, pp. 2, 5.

59 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 32672 del 3 de diciembre de 2009; condena de Salvador Arana Sus, pp. 47, 48.

60 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 33260 del 19 de enero de 2011; condena de Óscar de Jesús López Cadavid.

61 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 35227 del 8 de febrero de 2012; condena de José María Imbeth Bermúdez.

de armas,⁶² uso de influencias para fines privados y políticos,⁶³ participación en reuniones con las autodefensas,⁶⁴ concierto para delinquir,⁶⁵ cercanía con las autodefensas,⁶⁶ favorecimiento de los paramilitares con contratación,⁶⁷ expedición de falsas certificaciones médicas⁶⁸ y aportes en industria.⁶⁹ Se encontró igualmente un caso de pertenencia a una sociedad de las autodefensas⁷⁰ y, finalmente, aportes económicos bajo forma de financiación.⁷¹ Aunque las decisiones judiciales no hacen énfasis en las redes de apoyo económico, sino que las mencionan de manera más o

62 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 22118 del 19 de diciembre de 2007; condena de Eric Julio Morris Taboada, pp. 62, 72.

63 Una empresa de servicios públicos llegó a un acuerdo de pago con un municipio deudor por intervención de parapolíticos. Reseñado en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 27918 del 21 de febrero de 2011; condena de Mario de Jesús Uribe Escobar, p. 18.

64 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 32805 del 23 de febrero de 2010; condena de Álvaro Alfonso García Romero

65 Asociación con los políticos locales para implantar los proyectos paramilitares en las regiones, referenciada en múltiples sentencias como, por ejemplo, la relativa al Proyecto Marizco: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 31652 del 31 de mayo de 2012; condena de Mario Salomón Nader Muskus, p. 43.

66 Apoyo de campañas de parapolíticos, entre otras, véanse Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 27199 del 1 de febrero de 2012; condena de Miguel Pinedo Vidal, pp. 151, 152, 196, 198. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 33054 del 20 de julio de 2012; condena de William Alfonso Montes Medina.

67 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 33015 del 7 de diciembre de 2011; condena de Javier Ramiro Devia Arias.

68 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 32764 del 18 de enero de 2019; condena de Luis Alberto Gil Castillo y Alfonso Riaño Castillo, p. 82.

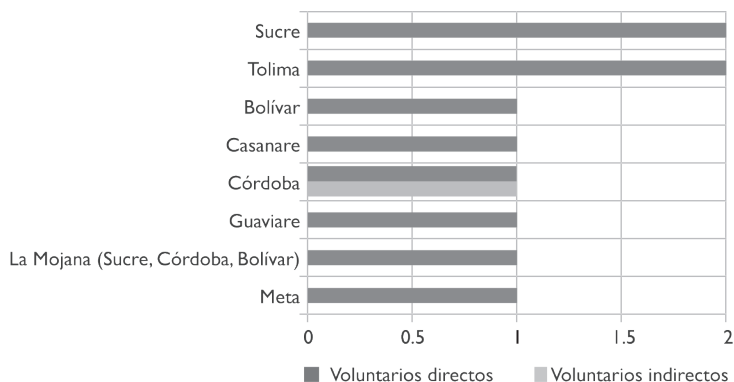
69 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 33260 del 19 de enero de 2011; condena de Óscar de Jesús López Cadavid.

70 *Ibid.*

71 Al respecto véase, por ejemplo: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 34017 del 28 de octubre de 2014; condena de Efrén Antonio Hernández Díaz, donde un colaborador cercano de las autodefensas habría hecho contribuciones económicas con dinero de los contratos obtenidos con la Gobernación, o Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 32805 del 23 de febrero de 2010; condena de Álvaro Alfonso García Romero.

GRÁFICA 20

Menciones sobre aportes económicos, parapolítica, por departamento



FUENTE: elaboración propia.

menos ligera en las sentencias, por lo que no se tienen detalles precisos de uno u otro caso, este es el tipo de participación que se estudió más a fondo.

En la lectura de las sentencias se hizo énfasis, principalmente, en la práctica de financiamiento a los grupos paramilitares, respecto a si existió un aporte económico al actor armado por parte del actor económico mencionado. Así, se observan 11 menciones de aportes claramente señalados en las sentencias. Esto no significa que no existan aportes en las otras 42 menciones, sino que ilustra la falta de información al respecto en los demás casos, puesto que las sentencias no precisan su existencia (gráfica 20).

El primer hallazgo es que, de las 11 menciones, solo una está referenciada como proveniente de un apoyo “voluntario indirecto” y las otras 10 son de “voluntarios directos”. Según esto, Córdoba es el único departamento donde hay una mención clara a un aporte voluntario indirecto: un ganadero señalado de participar en reuniones con Salvatore Mancuso en Medellín y Canarias, donde se acordó la financiación y operación de las AUC, especialmente del Frente Héroes de los Montes de María y de servir de puente para las relaciones entre empresarios y estas estructuras.⁷²

⁷² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 35227 del 2 de agosto de 2012; condena de José María Imbeth Bermúdez, Jorge Luis Feris Chadid y Jesús María López Gómez, pp. 7, 214-217, 229, 230.

Las 10 menciones a voluntarios directos corresponden a terceros de diversos sectores de actividad en distintos departamentos, cuya repartición sectorial es la siguiente: 3 de ganadería, 3 del sector privado, 1 de salud, 1 de minería, 1 de sector público y 1 no especificado.

Restitución de tierras

Uno de los efectos indirectos de la Política Pública de Restitución de Tierras y Territorios puede haber sido arrojar luz sobre ese complejo espectro de relaciones entre actores económicos y conflicto armado. En cierto grado así ha ocurrido, pues las sentencias de restitución de tierras al menos reflejan la dificultad de verificar con claridad una eventual relación o participación de los sectores económicos en el conflicto armado para acceder a la tierra. Ahora bien, tanto por las características propias de la etapa judicial del proceso de restitución y los objetivos del mismo, como por los resultados cuantitativos de esta fase de la política de restitución, no es posible extraer conclusiones generalizables sobre el tipo de participación de los actores económicos en el despojo.

Esto es así, en primer lugar, porque la restitución, en su momento judicial, no opera a través de la atribución de responsabilidades penales que justifiquen la reparación de las víctimas, sino a partir de una triada definida legalmente:⁷³ i) que exista una víctima; ii) que esta víctima tuviera una relación jurídica con un predio abandonado o despojado (propiedad, posesión u ocupación) y, iii) que este abandono o despojo fuera una consecuencia del conflicto armado. Si bien la política de restitución puede ser entendida como uno de los múltiples mecanismos dentro de una estrategia transicional más amplia (Bolívar, Baquero, Sánchez y Uprimny, 2017), no puede perderse de vista que es un mecanismo mixto (política pública-administrativo-judicial) centrado en la reparación de las víctimas de despojo y desplazamiento más que en la identificación de responsabilidades de tipo penal. En segundo lugar, porque de las casi 3000 sentencias⁷⁴ de restitución proferi-

73 Véase Congreso de la República de Colombia. Ley 1448 de 2011.

74 Según las estadísticas de la Unidad de Restitución de Tierras, al 29 de septiembre de 2017 se habían proferido 2.913 sentencias. Al respecto véase <https://www.restituciondetierras.gov.co/estadisticas->

das por los jueces y magistrados de la jurisdicción, solo 41 han incluido algún tipo de actor empresarial en calidad de opositores.

El estudio de las menciones a actores empresariales por su participación en hechos relacionados con el conflicto, tanto en Justicia y Paz como en los procesos por parapolítica, permiten afirmar que cuando se cometieron delitos como desplazamiento forzado y otros asociados al despojo de tierras, se evidenció poca participación directa de estos actores; más bien lo que prevaleció en la información recopilada fue una de tipo indirecto. Si este fuera el caso, en términos generales las sentencias de restitución de tierras podrían tener la virtualidad de servir como vehículo para verificar si los opositores empresariales a los procesos particulares de restitución fueron cómplices o no de los actores armados que perpetraron los hechos victimizantes.

Para evaluar este planteamiento se revisó el universo de 41 sentencias de restitución de tierras entre las casi 3000 que se habían expedido a septiembre de 2017, para lo cual se sistematizó la información en una base de datos. Sin embargo, debe precisarse que esta base no es ni puede ser exhaustiva porque el criterio para escoger las sentencias fue verificar la presencia de un actor económico como opositor a la restitución, lo que significa que no se analizó la totalidad de las casi 3000 sentencias de restitución y, por consiguiente, es probable que algunos actores económicos mencionados en el cuerpo de las sentencias no sean incluidos en el análisis. Este proceder es contrario al que se siguió con las sentencias de parapolítica y Justicia y Paz, donde se buscaban menciones a actores económicos en la totalidad de las sentencias proferidas. De otro lado, la base tampoco puede ser exhaustiva por la naturaleza del objeto de análisis: dado que se observa un fenómeno que continúa desarrollándose, es altamente probable que el número de sentencias y de actores económicos que actúan como opositores aumente con el paso del tiempo (Bernal y Sánchez, 2018, en prensa).

de-restitucion-de-tierras. El universo de sentencias de restitución con opositores empresariales fue proporcionado y validado en sesiones de trabajo conjuntas con investigadores de la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ) y funcionarios de la URT, llevadas a cabo durante el mes de febrero de 2017.

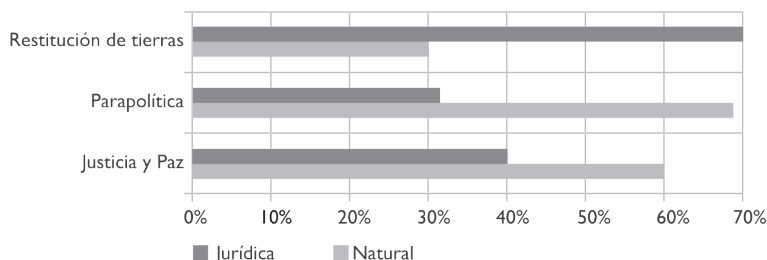
La presente sección analiza la participación de los actores económicos en el procedimiento de restitución de tierras a partir de las dimensiones utilizadas para Justicia y Paz y parapolítica, pero hay algunas precisiones previas que se deben realizar. Aunque no sería adecuado afirmar que en Justicia y Paz se busca establecer la responsabilidad penal de actores económicos, las menciones a estos en las sentencias de Justicia y Paz sí están más relacionadas con conductas delictivas ejecutadas en el marco del conflicto; por el contrario, en el caso de las sentencias de restitución de tierras se observa la situación actual de tenencia de la tierra y no hay una investigación exhaustiva de la relación del actor económico con la violencia que produjo el despojo o el abandono. Dicho de otro modo, restitución se enfoca en las consecuencias de los actos que llevaron a la adquisición de tierras y no en las violaciones de los derechos humanos. Por consiguiente, que un actor económico no pueda demostrar su buena fe exenta de culpa, y consecuentemente deba renunciar a sus pretensiones sobre la tierra o a la compensación económica, no significa que haya participado en hechos que produjeran el desplazamiento o el despojo. Pero lo contrario también es cierto: una decisión adversa a la restitución no es prueba de que el actor económico no participó en violaciones de derechos humanos (Bernal y Sánchez, 2018, en prensa).

Así, esta sección analiza la participación de los actores económicos en los procesos de restitución de tierras, pero modifica de forma sustancial las dimensiones que se tienen en cuenta para el análisis. En efecto, las dimensiones personal y sectorial se mantienen, de la misma forma que la regional; mientras tanto, la dimensión sobre aportes económicos, revisada para Justicia y Paz y parapolítica, no es de utilidad en el caso de restitución de tierras, de manera que esta es sustituida por un examen sobre las modalidades de despojo evidenciadas en los pronunciamientos y en las cuales participaron las empresas mencionadas.

Dimensión personal y sectorial

En las sentencias analizadas se encontraron 69 menciones a opositores que eran actores económicos. Entre estos, el 30 % (21 menciones) corresponden a personas naturales o individuales, mientras que el restante 70 % (48 menciones) a empresas o personas

GRÁFICA 21
Relación persona natural-persona jurídica
en las menciones



FUENTE: elaboración propia.

jurídicas. Algo que contrasta bastante con los hallazgos de Justicia y Paz y parapolítica, donde la relación persona natural-persona jurídica era contraria ya que predominaban las menciones a personas naturales (gráfica 21).

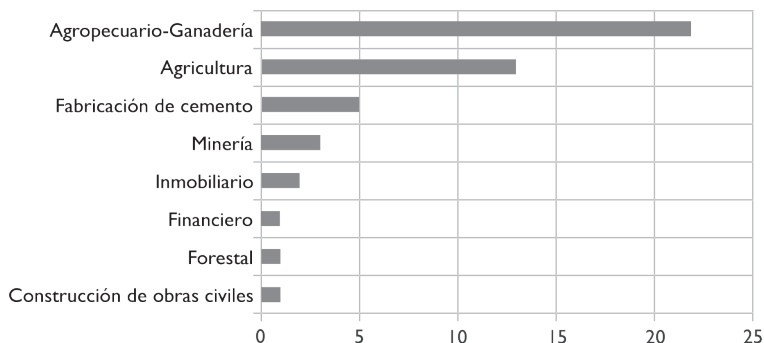
Por otro lado, esa distribución también puede tener que ver con el desarrollo de los fenómenos de despojo y abandono forzado de tierras en el país. Si bien la regla general es que quienes generan los hechos son fuerzas militares, paramilitares o guerrilleras, los beneficiarios finales, sugiere la investigación, la mayoría de veces son personas jurídicas. Estas utilizaron cadenas de tradición de bienes a través de distintos intermediarios con el fin de no figurar como cercanos al despojo o resultaron ser compradores de buena fe que, luego de un ciclo de despojos jurídicos, adquieren un predio involucrado en hechos de esta índole (Soto, 2017). Es decir, puede implicar la existencia de casos de colaboración o participación indirecta en el despojo, o la intervención desafortunada de un tercero de buena fe.

En los casos de menciones a personas jurídicas, estas corresponden a 29 empresas. De estas, se destacan 9 menciones a la misma empresa agropecuaria, en cuyas actividades estuvo involucrada una persona natural que aparece con recurrencia como su representante. También es de resaltar las menciones a una fiduciaria que administraba un patrimonio constituido por otra empresa, y que actuó como opositora en 7 procesos de restitución.

Al desagregar por actividad económica las anteriores menciones a empresas, se tiene que la mayoría se dedica a actividades

GRÁFICA 22

Distribución de empresas mencionadas en restitución de tierras, por sector económico



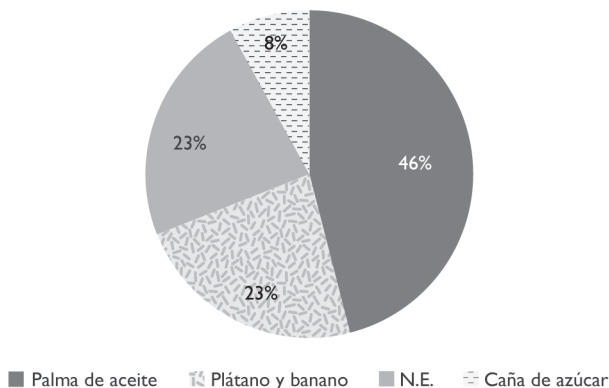
FUENTE: elaboración propia.

agrícolas y agropecuarias.⁷⁵ Entre las primeras sobresale la destinación para cultivos de palma de aceite y banano (gráficas 22 y 23).

Es de advertir que no en todos los casos en que se mencionó a las empresas hubo restitución de tierras. En siete de ellos se negó la restitución porque la causa de la venta no estaba relacionada

GRÁFICA 23

Distribución de empresas mencionadas en restitución de tierras, por sector económico: agricultura



FUENTE: elaboración propia.

⁷⁵ Actividades agropecuarias y de ganadería se sumaron bajo el mismo ítem para respetar la denominación de la actividad económica que aparecía en el registro mercantil de la respectiva empresa, aunque en todos los casos se trataba de cría de ganado bovino o porcino.

con la situación de desplazamiento forzado;⁷⁶ no se logró probar la relación jurídica (propiedad, posesión, ocupación u otra) de la víctima con el bien;⁷⁷ no se probó sumariamente la condición de víctima;⁷⁸ el caso consistía en un conflicto civil que no tenía que ver con la restitución de tierras;⁷⁹ o el opositor logró desvirtuar la presunción de ausencia de voluntad para la transacción.⁸⁰

Esta situación reduce el universo de sentencias que realmente aportan elementos al análisis de la relación entre actores empresariales y el despojo territorial en el marco del conflicto armado. En términos reales, se tendrían entonces solamente 34 sentencias en las que se analiza la configuración del despojo que termina favoreciendo a algunos empresarios, de las cuales 16 se refieren a predios ubicados en el municipio de Carmen de Bolívar. Esto tiene sentido dada la estrategia de macro y microfocalización territorial que caracteriza la ejecución de la Política Pública de Restitución de Tierras, y en donde el Carmen de Bolívar ha sido microfocalizado (Sánchez, 2017; Revelo, Chaparro y Sánchez, 2016).

76 Tribunal de Antioquia, Radicado 132443121002-2013-00091-00, Caso Sociedad Agropecuaria Carmen de Bolívar S.A.

77 Tribunal de Antioquia, Radicado 050453121001-2014-00003-00, Caso C. I. Carib Banana S.A. Esta decisión fue disputada: no se restituyó porque la mayoría de la Sala del Tribunal estimó que la solicitante debió presentar un proceso por prescripción adquisitiva y no por ocupación de un baldío, como efectivamente lo hizo. Para el despacho, la facultad ultra y extra petita es limitada. Hay un salvamento del voto en que se alega que debió darse primacía a los derechos de la víctima.

78 Tribunal de Cali, Radicado 761113121003-2013-00024-00, Caso Sociedad Forestal Cafetera del Valle - Soforestal S.A. Tribunal de Cartagena, Radicado 132443121002-2013-00069-01, Caso Sociedad Agropecuaria Carmen de Bolívar S.A.

79 Tribunal de Bogotá, Radicado 500013121001-2013-00025-01, Caso Ganadera la Plata Ltda. No se restituye básicamente porque se trata de un problema de linderos entre una empresa ganadera y otra persona, ambas partes han cometido algunas irregularidades y el solicitante nunca perdió la propiedad del bien. Tribunal de Cali, Radicado 190013121001-2014-00073 01, Caso Agropecuaria Linares Patiño V. & Cía. S.C. - Agrolinares S.A. Se niega la restitución porque solicitante y oponente son empresas que tienen un pleito civil sobre la propiedad de un inmueble, pero nada que tenga que ver con el propósito de la restitución de tierras.

80 Tribunal de Cartagena, Radicado 132443121001-2013-00049-00, Caso Agropecuaria Caña Flecha S.A.

Dimensión regional

En relación con el origen de los actores económicos, en su gran mayoría se trata de empresas del orden nacional, ya que solo dos menciones corresponden a filiales colombianas de empresas foráneas: una de Sudáfrica y la otra de Canadá. Las empresas colombianas provienen en su mayor parte de Antioquia, particularmente de la ciudad de Medellín, y de Bogotá (gráfica 24).

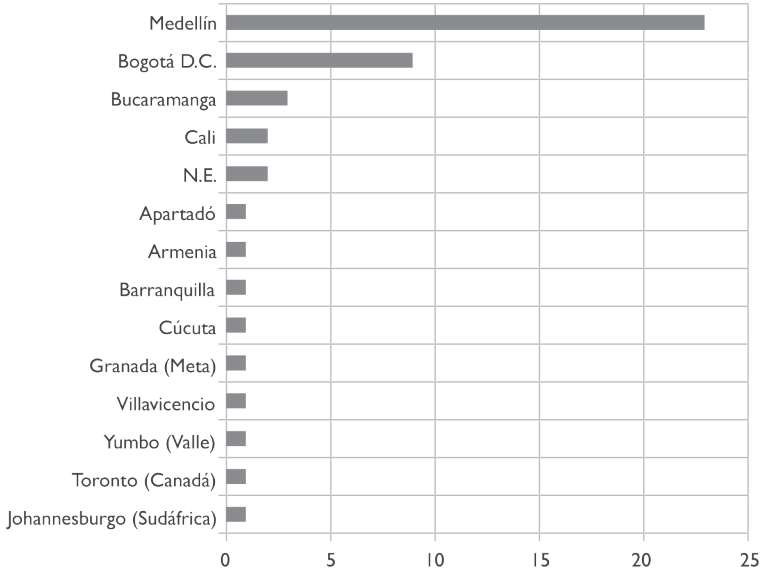
Las pocas decisiones de restitución que involucran opositores empresariales están disgregadas en varios departamentos, especialmente del norte del país. Si se excluyen los 7 casos que terminaron sin orden de restitución de tierras, se destaca la concentración geográfica de las decisiones en la región del Urabá antioqueño, con 5 menciones, y, en el municipio de El Carmen de Bolívar (Bolívar), en la subregión de Montes de María, con 16 menciones. Aunque debido a esa distribución geográfica de las decisiones de restitución y, por supuesto, también al escaso número de pronunciamientos judiciales, es casi imposible extraer conclusiones generalizables sobre la participación de los actores económicos en el desplazamiento y abandono forzados, así como en el despojo territorial a nivel nacional, sí es factible, a partir de un análisis de las sentencias, detectar algunos aprendizajes útiles para la labor de la JEP.

Las sentencias de restitución en la región del Urabá antioqueño son importantes porque coinciden con algo de los procesos de Justicia y Paz: la mayor parte de menciones a actores económicos cómplices de desplazamiento forzado y despojo de tierras en los procesos de Justicia y Paz remiten a hechos ocurridos en esta subregión. Así, aunque pocas, las sentencias de restitución dan cuenta de una coincidencia entre los esfuerzos por restablecer los derechos de las víctimas de desplazamiento y despojo, y los de Justicia y Paz por relacionar a sectores económicos que actuaron conjuntamente con actores armados en la región del Urabá.

De otro lado, que el municipio de El Carmen de Bolívar sea el lugar donde más se hayan proferido sentencias de restitución con opositor empresarial puede explicarse por el hecho de que la subregión de Montes de María fue priorizada en la fase inicial de la Política Pública de Restitución de Tierras. Incluso desde antes de su puesta en marcha, ya se habían realizado algunas intervenciones con el fin de proteger a las poblaciones desplazadas que

GRÁFICA 24

Distribución de empresas mencionadas en restitución de tierras, por origen



FUENTE: elaboración propia.

además estaban siendo víctimas de despojo. Probablemente también tuvo que ver el hecho de que en el periodo 2005-2010 llegaron a la región actores económicos a comprar tierras para iniciar proyectos agroindustriales (CNRR, 2010, p. 168).

Por ese motivo, las sentencias de restitución de tierras en esta subregión ejemplifican un mayor avance en términos del esclarecimiento de las rutas del despojo jurídico que siguieron personas naturales y jurídicas, aunque esto no haya tenido mucha resonancia en términos de investigaciones y sanciones penales. En solo seis casos se hicieron compulsas de copias a la Fiscalía General de la Nación, en su mayoría con una orden general que resaltaba la necesidad de investigar la conducta de algunos funcionarios públicos del nivel local (notarios y registradores), pero también la conducta de personas naturales (algunas representantes jurídicas de empresas) involucradas en la compra masiva de tierras en la región. Ninguna de las compulsas se hizo para que se investigara la posible participación de un actor económico en el desplazamiento forzado, pero sí se cuestionó el origen de los

recursos usados para la adquisición sistemática de tierras;⁸¹ en un caso se ordenó investigar una falsedad documental⁸² que facilitó el despojo jurídico, y en otro se insinuó abrir investigaciones por la posible conformación y financiación de grupos paramilitares.⁸³ Estos casos también aparecieron reflejados en Justicia y Paz y parapolítica; no es únicamente el proceso de restitución de tierras el que apunta a las empresas involucradas en estos patrones, los procesos penales contra paramilitares y políticos en varios casos las involucró.

Modalidades de despojo

Si se toma como unidad de análisis las 16 sentencias de restitución de El Carmen de Bolívar, es posible identificar y describir algunas características de la forma como los actores empresariales participaron en el despojo de tierras.⁸⁴ Lo que muestran esas

81 Lo cual no es de poca monta si se considera que existen dudas sobre la procedencia y legalidad de los capitales que se invierten en adquisición de tierras en la región Caribe (CNRR, 2010, pp. 189-192).

82 Tribunal Superior de Cartagena. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Sentencia del 25 de noviembre de 2014, Radicado 132443121001-2013-00048-00.

83 Tribunal Superior de Cúcuta. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Sentencia del 17 de febrero de 2016. Radicado 132443121001-2014-0004-01.

84 Acá seguimos la definición de despojo del Grupo de Memoria Histórica, según la cual es “el proceso mediante el cual, a partir del ejercicio de la violencia o la coacción, se priva de manera permanente a individuos y comunidades de derechos adquiridos o reconocidos en su condición humana, con relación a predios, propiedades y derechos sociales, económicos y culturales [y que se caracteriza por] ser potencialmente contrario a alguna disposición legal y a la voluntad y las expectativas del grupo o los individuos afectados. El despojo es impositivo. Puede combinar violencia física con apelación a figuras jurídicas, o usar por aparte cada uno de esos medios” (CNRR - CNMH, 2009, p. 30) Esta definición parcialmente se refleja en el artículo 74 de la Ley 1448 de 2011 al plantear que el despojo es “la acción por medio de la cual, aprovechándose de la situación de violencia, se priva arbitrariamente a una persona de su propiedad, posesión u ocupación, ya sea de hecho, mediante negocio jurídico, acto administrativo, sentencia, o mediante la comisión de delitos asociados a la situación de violencia”. Estas definiciones permiten que simples transacciones económicas sobre tierras adquieran una dimensión totalmente distinta en el contexto del conflicto armado, pues da cuenta de la ausencia de un elemento que es necesario para predicar la igualdad de partes característica de los contratos: la voluntad plena y libre, viciada por un contexto de violencia.

sentencias es que normalmente hubo personas, directamente o a través de intermediarios, que realizaron compras masivas de tierras para luego transferirlas a sociedades de diverso orden que habían sido previamente constituidas para el efecto. En la mayoría de los casos esos compradores actuaron sin dejar claro que los predios terminarían en poder de una empresa, lo que se hacía evidente solo al momento de suscribir las escrituras.⁸⁵ Para ello, en ocasiones fueron utilizadas maniobras engañosas o fraudulentas que permitían encubrir a quienes en realidad eran los adquirentes de los predios y que querían acumular tierra irregularmente.⁸⁶

Así, las sentencias de restitución analizadas muestran que hubo personas dedicadas a comprar tierras baratas para luego venderlas o cederlas a empresas y así obtener un provecho económico. Tales actores pueden ser descritos como una especie de red cercana al territorio, que se encargaba de realizar las operaciones dirigidas a que los campesinos cedieran sus predios, y que se lucraban al transferir la propiedad a otras personas o empresas. Incluso los campesinos de la región han sostenido que estas

85 Tribunal Superior de Cúcuta. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Sentencia del 10 de junio de 2015, Radicado 132443121001-2014-00087-00. Tribunal Superior de Cartagena. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Sentencia del 31 de octubre de 2016. Radicado 132443121001-2014-00087-00. Tribunal Superior de Cartagena. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Sentencia del 31 de marzo de 2016, Radicado 200013121002-2013-00059-00. Tribunal Superior de Cartagena. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Sentencia del 18 de febrero de 2016, Radicado 132443121002-2013-00062-00. Tribunal Superior de Cartagena. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Sentencia del 17 de febrero de 2016, Radicado 132443121002-2014-00026-00. Tribunal Superior de Cartagena. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Sentencia del 18 de noviembre de 2015, Radicado 132443121001-2013-00029-0018. Tribunal Superior de Cartagena. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Sentencia del 16 de abril de 2015, Radicado 3121002-2013-00050-00. Tribunal Superior de Cartagena. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Sentencia del 25 de noviembre de 2014, Radicado 132443121001-2013-00048-00. Tribunal Superior de Cartagena. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Sentencia del 3 de octubre de 2013, Radicado 132443121002-2013-00013-00. Tribunal Superior de Antioquia. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Sentencia del 24 de noviembre de 2015, Radicado 132443121001-2014-00033-00. Tribunal Superior de Antioquia. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Sentencia del 28 de julio de 2015, Radicado 3244-31-21-002-2013-00102.

86 Tribunal Superior de Antioquia. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Sentencia del 24 de noviembre de 2015, Radicado 132443121001-2014-00033-00.

empresas de base local, “compradoras de tierras y cobradoras de deudas tienen [...] relaciones establecidas con grandes empresas agroindustriales” (CNRR, 2010, p. 182). Dada la mayor cercanía de estos actores con los contextos regionales y el conocimiento que tenían de las zonas donde compraban los predios, es probable que tuvieran interacciones ilegítimas con los actores armados que generaron el contexto de zozobra que motivó el abandono forzado.

La segunda ruta identificada es en realidad un desarrollo o culminación del primer patrón. En esta, múltiples compradores directos o intermediarios (personas naturales y jurídicas) accedían a la propiedad de la tierra y a su concentración antes de suscribir contratos de compraventa o cederla a una empresa grande. Este es el caso tipo que involucra a una gran empresa nacional en la compra masiva de tierras con el propósito de establecer una actividad agroindustrial y de captura de carbono.⁸⁷ En la base de este esquema hay un amplio territorio despojado y concentrado, y en la cúspide se localiza el actor económico que adquirió la propiedad sobre los predios en un contexto caracterizado por la violencia.

La cadena de transferencia de la propiedad que solía separar el despojo del último adquiriente impide, a primera vista, establecer algún grado de participación entre el nuevo titular de los derechos de propiedad sobre el inmueble y el acto originario de despojo material y jurídico, aunque tampoco excluye que haya existido dicha relación.⁸⁸ En estos casos, el contacto del actor empresarial ubicado al final de la cadena de transferencias normalmente se daba con los intermediarios o participantes indirectos.⁸⁹ Esta dificultad se trasluce en una manifestación totalmente

87 Tribunal Superior de Antioquia. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Sentencia del 12 de octubre de 2016, Radicado 132443121002-2013-00077-00.

88 Algunos estudios acentúan esta posible relación al afirmar que algunas empresas usaron intermediarios para hacerse a la propiedad de la tierra. Véase al respecto Soto Hoyos (2017).

89 Así lo sostuvo, por ejemplo, la defensa de Argos S.A. al afirmar que la empresa no tuvo ningún contacto con los propietarios originales, sino con los intermediarios que antes ya habían comprado y concentrado la tierra. Tribunal Superior de Antioquia. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Sentencia del 12 de octubre de 2016, Radicado 132443121002-2013-00077-00.

inadecuada⁹⁰ hecha en dos sentencias de restitución, según la cual, pese a que la empresa involucrada no demostró la buena fe exenta de culpa, tampoco “aparece acreditado que [...] tiene relación alguna, directa o indirecta con los grupos ilegales causantes del conflicto interno que vivió el municipio de El Carmen de Bolívar”,⁹¹ o que “formaron parte de grupo armado alguno, ni fueron ni son victimarios, ni propiciaron desplazamientos”.⁹² En este modelo ocurren “triangulaciones” o compras a través de intermediarios (personas naturales y jurídicas) que permiten al adquiriente final diluir su nivel de vinculación con los hechos que condujeron al desplazamiento o el despojo. Dada esta situación, su eventual relación con hechos o actores del conflicto armado solo podría ser develada, por ejemplo, tras una investigación más profunda que indague por el tipo de relación que media entre el actor económico y los múltiples intermediarios, y entre estos últimos y los actores del conflicto.

En dos de los casos analizados en la región de Montes de María se logró avanzar en el camino de establecer responsabilidades empresariales por el despojo, aunque se concentraron en los actores más cercanos a las víctimas directas.⁹³ Esta situación sugiere que respecto de los adquirientes que están al inicio de la cadena de transferencia de la tierra es más probable trazar algún grado de participación en conductas delictivas, bien sea como cómplices de los actores armados o como autores o coautores en maniobras

90 Si el proceso de restitución de tierras no está diseñado para atribuir responsabilidades penales, tampoco lo es para hacer pronunciamientos sobre la ausencia de dicha responsabilidad. En otras palabras, una manifestación en este sentido es inadecuada porque en la jurisdicción de tierras no es admisible ningún pronunciamiento, condenatorio u absolutorio, sobre la responsabilidad penal de cualquier actor.

91 Tribunal Superior de Cúcuta. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Sentencia del 17 de febrero de 2016, Radicado 132443121001-2014-0004-01.

92 Tribunal Superior de Cali. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Sentencia del 18 de agosto de 2016, Radicado 13244312100220140000401.

93 Tribunal Superior de Antioquia. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Sentencia del 12 de octubre de 2016, Radicado 132443121002-2013-00077-00. Tribunal Superior de Cúcuta. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Sentencia del 17 de febrero de 2016, Radicado 132443121001-2014-0004-01.

TABLA I

Compulsas de copias en sentencias de restitución en los Montes de María

Sentencia	Implicado	Conducta
Tribunal de Antioquia. Rad. 132443121002-2013-00077-00	Notario único de San Jacinto	Irregularidades con predios protegidos
	Registrador municipal de El Carmen de Bolívar	
	3 intermediarios	
Tribunal de Cartagena. Rad. 132443121002-2013-00013-00	Indeterminado	Origen de los recursos usados para la compra masiva de tierras
Tribunal de Cartagena. Rad. 132443121001-2013-00048-00	Indeterminado	Trámite de sucesión
Tribunal de Cartagena. Rad. 132443121002-2013-00062-00	Indeterminado	Falsedad en documento público
Tribunal de Cartagena. Rad. 200013121002-2013-00059-00	Indeterminado	Irregularidades relacionadas con autorización de venta de predio protegido
Tribunal de Cúcuta. Rad. 132443121001-2014-0004-01	Miembros del Comité Municipal de Atención a Población Desplazada de El Carmen de Bolívar	Irregularidades relacionadas con autorización de venta de predio protegido
	Notario Único de San Jacinto	Irregularidades relacionadas con autorización de venta de predio protegido
	Registrador municipal de El Carmen de Bolívar	Irregularidades relacionadas con autorización de venta de predio protegido
	Personas naturales y jurídicas que intervinieron en la negociación	Conformación y financiación de grupos paramilitares

FUENTE: elaboración propia.

de despojo que facilitaron la transferencia de la propiedad de la tierra. Esta afirmación encuentra sustento en el hecho de que las compulsas de copias emitidas en las sentencias de restitución con opositores en Montes de María se efectuaron para aclarar hechos en que estaban involucrados funcionarios públicos locales y personas naturales y jurídicas que estuvieron más cerca de los predios despojados, y no para investigar las conductas de los representantes legales de las empresas que estaban al final de la cadena de transferencias.

La tabla 1 presenta una serie de ejemplos de terceros, diferentes a los actores económicos mencionados, que participaron en la cadena del despojo en los casos analizados y por los cuales fueron compulsadas copias para la investigación penal ordinaria.

Es destacable además que en los complejos casos en que estuvieron involucrados múltiples actores en varias transacciones, las salas de restitución de tierras hicieron buen uso de los informes regionales elaborados por la Superintendencia de Notariado y Registro y del Documento de Análisis de Contexto allegado por la URT. Estos instrumentos de soporte permitieron identificar a los principales compradores de tierras, entre los que se menciona a sujetos pertenecientes a élites locales, así como concluir que hubo una “auténtica contrarreforma agraria” que fue posible gracias al aprovechamiento de la zozobra generada por el conflicto armado en la región.

CAPÍTULO 2

Desarmando el rompecabezas de la participación de actores económicos en el conflicto armado colombiano a partir de Justicia y Paz y Restitución de Tierras

El diseño y la ejecución de los modelos de justicia transicional en Colombia han tendido a enfocarse en la judicialización de aquellos que han portado las armas (paramilitares y guerrilleros). En gran medida, esta situación ha provocado que la justicia transicional en el país deje de lado las complejidades del conflicto armado interno, la multiplicidad de actores involucrados y la diversidad de violaciones de los derechos humanos cometidas (Orozco, Uribe y Sánchez, 2012). Desde un plano más sociológico, esto no ha permitido un análisis sistemático en la arena judicial sobre los múltiples intereses políticos, económicos y sociales que han circunscrito el fenómeno de violencia estructural que se ha desplegado en las distintas regiones del país. Sin embargo, como se evidenció en el capítulo anterior, existen ejercicios de develación del papel de los actores económicos en el conflicto armado colombiano, por lo menos a partir de menciones dentro de decisiones judiciales relacionadas con otros actores, como Justicia y Paz y parapolítica, o que tienen un objetivo distinto a la declaratoria de responsabilidad penal, específicamente en restitución de tierras.

Un análisis de los datos recogidos de las sentencias y sistematizados para esta investigación no está completo sin estudiar cómo los operadores judiciales se acercaron al rol de los actores económicos dentro de sus propios ejercicios. El objetivo de este capítulo es examinar las metodologías que utilizaron, con el fin de evaluar qué tanto aportaron a la develación de la verdad respecto a este punto concreto, o en qué fallaron mientras lo intentaban. Todo esto a partir de una investigación cualitativa, basada en entrevistas realizadas a funcionarios y funcionarias de despachos de Justicia y Paz y de la Unidad de Restitución de Tierras (URT).¹

1 Para una explicación de la metodología utilizada en las entrevistas...

Para cumplir este objetivo, el capítulo se divide en dos secciones. La primera se centra en delinear el acercamiento de la judicatura de Justicia y Paz a partir del mandato de desentrañar las redes de apoyo y financiación de los grupos armados al margen de la ley, con la limitación de su falta de competencia para investigar y juzgar a los actores económicos identificados.

La segunda se refiere al proceso de restitución de tierras, en donde los actores económicos concurren la mayoría de las veces en calidad de opositores a la restitución por considerarse con un mayor derecho que el solicitante, o incluso negar la concurrencia de los requisitos mínimos para la misma. Dado que el objetivo de este proceso es lograr el restablecimiento de los derechos territoriales de las víctimas de despojo, abandono y confinamiento, las herramientas del proceso se han utilizado para demostrar los elementos necesarios y suficientes para lograr la restitución. Por consiguiente, no ha habido realmente una estrategia dirigida a develar las eventuales relaciones de los actores económicos que actúan como opositores dentro de los procesos, con los actores armados que propiciaron el desplazamiento, despojo o confinamiento de los reclamantes. La contribución que hace la jurisdicción de Restitución de Tierras es, entonces, tangencial en este respecto. De ahí que pueda hablarse de una estrategia limitada de judicialización que explica las múltiples deficiencias en la fase administrativa y judicial del proceso en relación con la develación del rol de los actores económicos involucrados en el despojo.

La forma en que se acercaron los operadores judiciales al rol de actores económicos en la parapolítica no aparece en el presente apartado, por razones de disponibilidad de fuentes para llevar a cabo el estudio. No fue posible entrevistar a personas que participaron en la construcción de las sentencias o en la tramitación de los procesos; tampoco se encontraron fuentes secundarias al respecto, de manera que el análisis estaría basado únicamente en el texto de las providencias, algo que no aporta para el estudio que se realiza en esta parte del documento.

Cada una de las partes de este capítulo tiene las particularidades que implica la especialidad en que se encuentran inmersas, la del derecho penal por un lado, y la de la restitución de tierras

tas, véase el Anexo Metodológico al final del documento.

y territorios por el otro, de manera que cada sección seguirá su propia lógica, pero ambas con el mismo objetivo. Al final se presentarán las oportunidades y aprendizajes de ambos procesos.

Involucramiento de actores económicos en las sentencias de Justicia y Paz (2012-2017): una concepción judicializada de las relaciones entre actores armados y económicos

El proceso de desmovilización, desarme y reinserción de grupos paramilitares iniciado por el gobierno Uribe en 2004 tuvo como resultado la Ley 975 de 2005, que creó un proceso penal especial para la investigación, el juzgamiento y la sanción de los delitos cometidos por los desmovilizados en el conflicto armado interno colombiano.

El marco de Justicia y Paz solo es aplicable a quienes se postulen de manera voluntaria al proceso penal especial y hayan pertenecido a un grupo armado organizado al margen de la ley.² Así, si bien se ha avanzado en la develación de los delitos cometidos por grupos paramilitares y algunos guerrilleros, el papel de los actores económicos ha estado invisibilizado y, lo que se conoce, ha sido en virtud de menciones realizadas dentro de las sentencias, pero sin juicios de responsabilidad individual, pues la Ley 975 de 2005 no los contempla o permite.

En esta sección se reconstruye la historia de la develación del rol de los actores económicos en el conflicto armado interno dentro del proceso de Justicia y Paz. Esto con el fin de presentar el contexto en el cual se encuentra inmersa la información expuesta en la sección anterior y la forma en que los diferentes operadores judiciales se acercaron a un problema concreto: ¿cómo desentrañar las redes de apoyo y financiación de los grupos armados al margen de la ley sin tener la capacidad para iniciar y llevar a cabo juicios contra los actores económicos que las conformaban? Lo que se pretende es entender cómo ocurrió el proceso de develación de la participación de actores económicos en el conflicto armado a partir de la identificación y el análisis de las metodologías que utilizó la judicatura para acercarse al fenómeno.

2 Congreso de la República. Ley 975 de 2005, artículo 2.

El trayecto concreto se puede periodizar a partir de tres momentos específicos. En primer lugar, se estableció el mandato concreto de desentrañar las redes de apoyo y financiación de los grupos armados al margen de la ley, lo que abrió la puerta a la inclusión de actores económicos por lo menos en la reconstrucción de los contextos de los casos. Luego, las salas de Justicia y Paz de los distintos tribunales comenzaron a evidenciar una necesidad urgente de diseñar e implementar protocolos de actuación para la correcta identificación de quienes conforman dichas redes y su inclusión en los textos de las sentencias sin transgredir los presupuestos competenciales del marco de justicia transicional. Y finalmente, establecida una práctica recurrente de identificación y develación del rol de actores económicos en estas redes, aparecieron diferentes puntos de discusión sobre el alcance de dichas menciones y su impacto en la decisión de los casos. En esta sección se discutirá cada uno de esos momentos en detalle.

El mandato de desentrañar las redes de apoyo y financiación de los grupos armados al margen de la ley

Al 2012, después de más de 6 años de implementación, solo se contaba con 14 decisiones contra mandos medios y patrulleros de las AUC. Bajo este panorama, Gobierno y Fiscalía presentaron un proyecto de reforma, el cual fue aprobado por el Congreso de la República el 3 de diciembre de 2012 como la Ley 1592. Esta tuvo dos objetivos principales: hacer más expeditos los trámites que adelantan las salas de Justicia y Paz y realizar investigaciones más comprensivas, basadas en la construcción de patrones de criminalidad. Las principales modificaciones que introdujo la ley fueron: i) reducir el número de audiencias dentro del proceso, se pasó a la concentración de audiencias y, ii) permitir a los fiscales de Justicia y Paz la priorización de casos y hechos de violencia según su gravedad e impacto (Verdad Abierta, 2011).

Estas modificaciones tampoco previeron la posibilidad de judicializar a otros sujetos distintos a los excombatientes en el proceso de Justicia y Paz. Sin embargo, es importante destacar que tanto la Ley 1592 de 2012 como su Decreto Reglamentario 3011 de 2013 hablan de un nuevo concepto para el análisis judicial: las redes de apoyo y financiación. Sin ser definido dentro de la normatividad, este concepto cobra relevancia por ser la primera

vez que dentro del proceso transicional de Justicia y Paz se pretende involucrar en los fallos a los colaboradores y financiadores de grupos armados, aunque solo fuera para establecer el contexto para los crímenes de los paramilitares.

Con anterioridad a la Ley 1592 de 2012, la Ley de Justicia y Paz no establecía un mandato directo de develación de las redes de apoyo y financiación de los grupos armados al margen de la ley. Independientemente de que este marco obligara a los postulados a rendir versiones libres exhaustivas para recibir los beneficios penales consagrados, ni la Fiscalía General de la Nación ni la judicatura estaban obligados a hacer mención expresa al papel que la economía tuvo en la guerra, ni identificar a los diferentes actores que participaron en la misma como financiadores o apoyos externos.

El artículo 15 del Decreto 3011 de 2013 señala que

...para efectos de la aplicación del procedimiento penal especial de justicia y paz, el contexto es el marco de referencia para la investigación y juzgamiento de los delitos perpetrados en el marco del conflicto armado interno, en el cual se deben tener en cuenta aspectos de orden geográfico, político, económico, histórico, social y cultural. Como parte del contexto se identificará el aparato criminal vinculado con el grupo armado organizado al margen de la ley y sus redes de apoyo y financiación.

En ese orden de ideas, las sentencias a partir de 2012 debían centrarse en dar a conocer aquellos sujetos que, sin pertenecer a una organización criminal, colaboraron o financiaron a grupos armados, y que este relato fuera declarado verdad judicial.³

En este punto vale la pena resaltar que las menciones a los actores económicos en los contextos no implican responsabilidad penal para el sujeto mencionado, sino que pueden dar lugar a que la sala del tribunal proceda a ordenar las investigaciones

3 Véase Congreso de la República. Ley 1592 de 2012, artículo 15. Como lo resalta Olga Gaitán (2014) acerca del ejercicio de construcción de contextos en Justicia y Paz: "Las sentencias son el testimonio histórico por excelencia de los resultados de la acción de las autoridades judiciales dirigida a develar el complejo entramado que causó tales violaciones. Por ello, es menester que en estas los magistrados presenten hallazgos que describan al público el verdadero carácter de los acontecimientos tal y como sucedieron, es decir, como parte de un ataque sistemático organizado desde los niveles de autoridad más altos".

pertinentes a la justicia penal ordinaria. A esta figura se le conoce como la compulsa de copias. Por eso se entiende que hay una fragmentación de los procesos relacionados con el fenómeno paramilitar; pues mientras fiscales, magistrados y magistradas de Justicia y Paz mantenían la competencia sobre los hechos cometidos por los actores armados que pasaron por el proceso de desarme, desmovilización y reinserción, cuando se veía involucrado un tercero civil estos eran remitidos a la justicia ordinaria para que investigara penalmente su conducta, normalmente a la Fiscalía General de la Nación.

Sin embargo, según se ha podido identificar, aunque la Ley 975 no contempló la posibilidad de judicializar a los terceros civiles, esto no fue un impedimento para que algunos magistrados señalaran en sus primeros fallos a los sujetos relacionados con grupos paramilitares que cayeran dentro de esta categoría. En las entrevistas realizadas en la Sala de Justicia y Paz de Medellín los magistrados mencionaron que desde un principio que

...ellos se han enfocado en develar los vínculos de los terceros civiles con grupos paramilitares. Esto se empezó a hacer así desde el comienzo de Justicia y Paz porque entendíamos que uno de los principales propósitos de la justicia transicional es desmontar las estructuras criminales que cometieron graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario y asegurar la no repetición (magistrada/o de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín, entrevista de Dejusticia, junio de 2016).

Si se comparan los primeros fallos de Justicia y Paz con los proferidos después de la promulgación de la Ley 1592 de 2012 y del Decreto 3011 de 2013, en un principio fueron pocos los que involucraron a terceros civiles por ser colaboradores o financiadores de grupos paramilitares. A partir de la Ley 1582 de 2012 y del Decreto 3011,⁴ apoyados en un pronunciamiento reciente de la

4 A pesar de que el Decreto 3011 es claro en que se deben mencionar las redes de apoyo y los financiadores de los grupos paramilitares, este no establece una metodología para hacerlo; en razón de esto, las salas de Justicia y Paz han elaborado protocolos que establecen lineamientos generales para mencionar a los terceros civiles en los contextos de las sentencias. Lo anterior deja ver que existen diferentes metodologías implementadas por los despachos; es decir, cada sala tiene distintas formas de mencionar a los terceros civiles relacionados con el conflicto armado.

Corte Suprema de Justicia,⁵ los operadores judiciales evidenciaron que para conocer el andamiaje del fenómeno paramilitar, además de develar la verdad judicial sobre los miembros que conformaron la estructura militar de los grupos armados, también era necesario conocer el involucramiento de aquellos sujetos que, sin pertenecer al grupo, financiaron o facilitaron su expansión, por lo que se le dio una mayor relevancia a la elaboración de contextos (Unidad de Restitución de Tierras, 2014). Frente a este punto uno de los magistrados o magistradas entrevistados en esta investigación explicó que

...no bastaba con develar la génesis de los bloques, sino que se tenía que develar la génesis y expansión de todo el fenómeno paramilitar, de no hacerse eso no es posible concluir que los grupos paramilitares se expandieron por el territorio nacional gracias a la colaboración y a las alianzas de la fuerza pública y del sector privado (magistrada/o de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín, entrevista de Dejusticia, junio de 2016).

La materialización del mandato de desentrañar las redes de apoyo y financiación en el marco del proceso de Justicia y Paz

Con el paso del tiempo, y la existencia de un mandato concreto de indagar por las redes de apoyo y financiación de los grupos armados al margen de la ley, la judicatura entendió que el ejercicio de develación no se podía llevar a cabo de forma intuitiva o sin método. Para el proceso de Justicia y Paz se crearon salas especializadas en tres Tribunales Superiores de Distrito Judicial del país, los de Bogotá, Medellín y Barranquilla. Cada uno de ellos,

5 En palabras de la Corte Suprema de Justicia: “El contexto corresponde a una herramienta que facilita el derecho a la verdad, del cual son titulares tanto la víctima como la sociedad, pues apunta a que se determine de manera precisa cómo tuvieron ocurrencia los hechos en general, sus autores, sus motivos, las prácticas utilizadas, los métodos de financiación, las colaboraciones internacionales, estatales o particulares recibidas, a fin de que salga a la luz pública ese acontecer soterrado que debe exponerse a la comunidad para que implementen los correctivos necesarios en orden a impedir la reiteración de tales sucesos, así como establecer dónde se encuentran los secuestrados y los forzosamente desaparecidos, amén de integrar de la manera más fidedigna posible la memoria histórica” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP1628-2015, 25 de noviembre de 2015, M. P. J. L. Barceló Camacho).

al no existir un estándar normativo que determinara la forma en que debían cumplir la obligación que les imponía la Ley 1592 de 2012, desarrolló sus propios protocolos de actuación, que señalaban tanto la forma en que la Fiscalía General de la Nación debía entregar la información relacionada con las redes de apoyo y financiación como la forma en que los despachos debían construir los contextos de los casos dentro de las sentencias con relación a lo proporcionado por la acusación y los postulados.

La magistratura ha elaborado estos protocolos de actuación judicial con el propósito de establecer pautas internas que sirvan para el señalamiento de los actores económicos dentro de los contextos de las sentencias. Por ejemplo, los protocolos elaborados por las salas de Justicia y Paz de los tribunales de Barranquilla, Bogotá y Medellín dejan ver el énfasis en develar las fuentes de financiación de los grupos paramilitares.

Los protocolos de la sala de Medellín disponen que para la reconstrucción de la verdad judicial es necesario que la Fiscalía dé cuenta de la relación entre grupos paramilitares, Estado y sociedad civil. Para ello se establecen seis posibles relaciones que debería tener en cuenta el ente acusador en el contexto que presenten ante la magistratura: i) con el Congreso y los movimientos políticos; ii) con el Gobierno nacional, las instituciones descentralizadas y las administraciones departamentales y municipales; iii) con la Rama Judicial, incluida la Fiscalía General de la Nación; iv) con las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; v) con las autoridades y organizaciones extranjeras y, vi) con la empresa privada, organizaciones no gubernamentales y los líderes empresariales, gremiales, sociales, cívicos, sindicales, entre otros.

Asimismo, el protocolo establece la necesidad de distinguir los tipos de relaciones entre actores económicos y armados. En la medida de lo posible detallar si las relaciones fueron voluntarias o coaccionadas, el tipo de beneficio solicitado y recibido, el tipo de apoyo, el periodo de tiempo en el que se dio el vínculo entre el grupo paramilitar con el Estado o la sociedad civil, la continuidad, las circunstancias en que se dieron las relaciones, el conocimiento o participación de los crímenes cometidos por la organización armada al margen de la ley, y el nombre y cargo de las autoridades, entidades y particulares presuntamente involucrados con la organización criminal. Sin embargo, los protocolos

advierten que estas pautas no deben ser agotadas por la Fiscalía en aquellos casos que no se cuente con la información, ya sea porque no fueron relatadas en las versiones libres rendidas por los postulados o en los hechos establecidos por la Fiscalía en los procesos de Justicia y Paz. Como se mencionó, el hecho de que los protocolos de esta Sala establecieran desde un inicio la necesidad de que la Fiscalía identificara las colaboraciones entre actores económicos y los grupos armados pudo haber incidido en el número alto de menciones que se vieron reflejadas en sus sentencias.

Por otro lado, el protocolo de la sala de Bogotá tiene un acápite llamado “Capacidad logística y operacional del bloque objeto de control”, donde establecen los elementos que debe tener en cuenta el ente acusador a la hora de presentar su informe a la magistratura sobre la financiación de los grupos paramilitares. Estos elementos son: i) fuentes de financiación (vacunas, tasas a actividades económicas, préstamos con interés, impuestos al narcotráfico y actividades de narcotráfico, hurto de combustibles, otros); ii) transferencias de dinero en relación con el funcionamiento o la actividad criminal del bloque; iii) activos del bloque, salarios y sistema de contabilidad.

Finalmente, en el protocolo de la sala de Justicia y Paz de Barranquilla se asigna un acápite que hace referencia a la identificación de las redes de financiación y apoyo a través de las cuales el grupo armado organizado al margen de la ley cumplía las actividades y los fines identificados. Para la determinación de dichas redes, la Fiscalía debe tener en cuenta la siguiente información: i) cómo se organizaba el sistema financiero del grupo; tipo de actividades desarrolladas para obtener recursos para la guerra y para su sostenimiento (secuestros, extorsiones, narcotráfico, empresas fachada, injerencia en las políticas públicas regionales, hurto de hidrocarburos, hurto de semovientes, control de lugares de expendio de estupefacientes, etc.); ii) contribuciones ilegales de grandes empresas nacionales e internacionales, de organizaciones productoras o gremiales, etc. Igualmente, el apoyo de autoridades administrativas locales; creación de cooperativas o empresas fachadas para captar recursos públicos, etc.; iii) participación en política e incidencia en comicios electorales; iv) dar cuenta de la existencia de acuerdos entre gobernadores, alcaldes, concejales y diputados con miembros del grupo ilegal para el manejo de

contratos, disposición del gasto público, organización de planes de seguridad de la fuerza pública, etc.

Así las cosas, se evidencia que las salas de Justicia y Paz de Barranquilla, Bogotá y Medellín han establecido pautas para develar las fuentes de financiación de los grupos paramilitares. Al analizar el tipo de información solicitada en los protocolos se concluye que a la magistratura de Medellín no solo le interesa revelar los nombres de las personas jurídicas o naturales que hicieron aportes en dinero o en especie a los grupos paramilitares; para esta sala también es importante establecer si la relación entre grupos paramilitares, Estado y sociedad civil fue voluntaria o coaccionada, si reporta beneficios tanto para el tercero como para la organización criminal, el periodo de tiempo en el cual se dio el aporte económico y su continuidad, y si el tercero participó –ya sea por acción u omisión– en los crímenes cometidos por los grupos paramilitares, etc.

Estos criterios, así como la práctica judicial, permitieron construir parámetros para involucrar a los actores económicos en los contextos contruidos por las salas en las sentencias. Con base en las entrevistas realizadas a magistrados, magistradas y auxiliares judiciales, así como en los distintos protocolos de actuación judicial, se puede afirmar que no existe una unificación de criterios para identificar a los terceros civiles que colaboraron con grupos paramilitares; es decir, cada despacho tiene sus propias pautas para evaluar su integración en el contexto. Posiblemente esto se deba a que, a pesar de la reforma al proceso de Justicia y Paz, que estableció la importancia de investigar las redes de apoyo y financiación de los grupos armados, no contempló criterios taxativos para mencionarlas, lo cual dejó un margen de apreciación amplio para interpretar este requisito.

Por su parte, los fiscales de la dirección de justicia transicional de la Fiscalía General de la Nación manifestaron que en los inicios del proceso de Justicia y Paz, en la investigación criminal no ahondaban en las redes de apoyo y financiación de los bloques paramilitares. Para los fiscales existió un apego a las provisiones de la ley que se centraban en judicializar las conductas penales que correspondieran a graves violaciones de los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra cometidos por los desmovilizados, más que en el objetivo de construcción

de la verdad que podría emanar del proceso. No obstante, esta situación se ha venido revirtiendo con el tiempo, pues hoy en día existe la idea clara de que debe ahondarse en los esquemas de financiación de las estructuras paramilitares, ya que deben ser presentados ante los magistrados de Justicia y Paz en los distintos tribunales del país en la exposición del caso durante las etapas de imputación y de juzgamiento. En ese sentido, debido a las exigencias que han elevado las distintas salas de Justicia y Paz para documentar las redes de apoyo y financiación, los fiscales han tenido que crear metodologías para poder involucrar a los actores económicos en los contextos, los cuales son presentados ante la magistratura.

A modo de ejemplo, en una de las entrevistas realizadas a personas vinculadas a la Fiscalía General de la Nación se explicó la metodología que implementa el despacho para entender las dinámicas de involucramiento entre actores económicos y armados (fiscal de la dirección de justicia transicional delegado ante tribunal, entrevista de Dejusticia, julio de 2016). Esta consta de tres pasos:

- Recepción de versión libre en una audiencia temática sobre redes de apoyo al paramilitarismo: en la versión libre ahonda en los métodos de financiación y el apoyo de actores económicos a la organización paramilitar. A partir de lo dicho ahí, impulsa copias y compila información para documentar en el contexto.
- Verificación por parte del cuerpo técnico de investigación: una vez recibida la versión libre del postulado, procede a realizar una verificación de los hechos por parte del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) de la Fiscalía.
- Construcción de un patrón de fuentes de financiación: al margen de las compulsas de copias, realiza tipologías sobre la forma en que los miembros del grupo recibían dineros para su funcionamiento. No se enfoca en dilucidar la responsabilidad de los actores económicos –para eso, desde su punto de vista, están las compulsas de copias–, si no en mirar las maneras en que administraban el dinero al interior de la estructura armada.

Principales discusiones derivadas de la aplicación de los protocolos de acción por parte de las distintas salas de Justicia y Paz

Estos acercamientos al problema a partir de diferentes metodologías, protocolos e incluso presupuestos sobre el papel del juez en la develación del rol de los actores económicos en el conflicto llevaron a diferentes discusiones en el seno de la judicatura de Justicia y Paz. Los dos más importantes se discuten en esta sección: i) cómo decidir si un actor debe ser incluido en el contexto construido y, ii) la naturaleza jurídica de los contextos construidos en las sentencias de Justicia y Paz, que incluye el desentrañamiento de las redes de apoyo y financiación de los grupos armados al margen de la ley.

En cuanto al primer punto, uno de los magistrados de Medellín, para involucrar a los terceros civiles dentro de un contexto, parte de dos criterios: i) la confiabilidad y, ii) la razonabilidad. El objetivo de la magistratura bajo este modelo es confrontar la información recogida en las versiones libres con los escritos presentados por la Fiscalía en las audiencias concentradas. Por otro lado, en uno de los despachos de la sala de Bogotá emplean otros criterios, tales como: i) el tipo de aporte realizado por las redes de apoyo, es decir, que estos sean funcionales y efectivos para los fines de esa estructura paramilitar; ii) el beneficio que reportaba para los actores económicos el haber apoyado voluntariamente a un grupo paramilitar y, iii) la aceptación de los métodos y resultados en la estructura paramilitar. Esto significa que los actores económicos conocían el modo de actuar de los grupos paramilitares y cuáles eran sus resultados. Este despacho propone hacer un ejercicio donde se evalúe a los actores económicos de acuerdo al contexto y la funcionalidad en la que su aporte tuvo lugar. Así, en caso de encontrar a una persona que no fuera parte orgánica de la estructura paramilitar, pero hizo parte de una esfera de poder económico, y se evidencia que su aporte fue funcional y efectivo para la expansión, consolidación y beneficio de la estructura armada, el despacho considera que dicho sujeto debería responder como autor mediato de los hechos cometidos por la estructura paramilitar durante el tiempo en que el aporte fue funcional a la organización.⁶

6 Una persona entrevistada en dicha sala explicó que los elemen-

“Muchas voces criticaron esta postura porque pensaban que el despacho lo que sugería era que los militares, los empresarios y los políticos deberían responder por todos los hechos durante el tiempo en que tuvo existencia la estructura paramilitar, es decir, desde que inició hasta que se desmovilizó colectivamente, sin embargo esto no es lo que sugiere el despacho. Lo que se propone desde allí es hacer un ejercicio donde se evalúen a estos terceros, teniendo en cuenta el contexto y la funcionalidad en la que su aporte tuvo lugar. Por ejemplo, el aporte realizado por un empresario se deberá determinar hasta cuando fue funcional su aporte para poder concluir que el empresario debe responder por vía de autoría mediata por los hechos cometidos por la estructura paramilitar” (auxiliar judicial de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, entrevista de Dejusticia, junio de 2016).

Como se pudo evidenciar en las entrevistas realizadas, una crítica que se hizo a la manera en que ha sido aplicada la teoría de la autoría mediata a terceros civiles en varias decisiones de la sala de Bogotá es que los actores económicos no fueron parte de la organización paramilitar y, por consiguiente, esto hace que tengan otro tipo de responsabilidad penal. No obstante, el despacho ha afirmado que la responsabilidad de esos actores no es una cuestión de jerarquías sino de los ámbitos de poder económico en el que se circunscribe, pues se ha asumido la posición según la cual el fenómeno paramilitar no se puede estudiar desde la jerarquía del grupo, pues dicho criterio solo permite llegar hasta la responsabilidad de quienes conformaban la estructura militar y deja por fuera a los financiadores y promotores de la organización criminal.

Esto demuestra el primer debate en la aplicación de los protocolos diseñados: cómo deben identificarse los actores relevantes para la reconstrucción de las redes de apoyo y financiación dentro de los contextos de las sentencias.

tos anteriormente expuestos se tuvieron en cuenta tímidamente en la sentencia contra Salvatore Mancuso del 31 de octubre de 2014. Allí se hizo una mención importante sobre las empresas con presuntos vínculos con grupos paramilitares y se dieron razones para que el Estado colombiano empezara a avizorar la responsabilidad de los terceros civiles en el conflicto armado. En esta sentencia, la sala de Justicia y Paz del tribunal de Bogotá empezó a dar sus primeros pasos sobre la responsabilidad de terceros civiles presuntamente vinculados con grupos paramilitares. Estos resultados se presentaron anteriormente en este documento.

“Por ejemplo, en el caso de los bananeros en el Urabá que fueron relacionados en las nóminas de los paramilitares y que aportaban 3 centavos de dólar por caja exportada. Esos pagos fomentaron la victimización de sindicalistas de la zona. Esto también demuestra lo que en el despacho llaman “la paradoja colombiana” que en los noventa y principios de los dos miles consistió en un fomento de la economía basada en *commodities* y, a la vez, un aumento de la violencia rural (auxiliar judicial de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, entrevista de Dejusticia, julio de 2016).

Ahora bien, en cuanto al segundo punto, a partir de las sentencias analizadas para esta investigación se puede observar que otra de las dificultades para mencionar a los actores económicos ha sido determinar la naturaleza jurídica del contexto de violencia que buscan dilucidar en la sentencia. Así, mientras para algunos despachos de Justicia y Paz el contexto constituye un mero requisito de procedibilidad dentro del proceso judicial, para otros es un medio para esclarecer la verdad judicial y propiciar la justicia restaurativa.

En el primer escenario, donde se han ubicado la mayoría de magistrados de Justicia y Paz, se reconoce el contexto como un requisito de esclarecimiento de la verdad judicial que no debe emitir ningún juicio de valor sobre responsabilidades de terceros. Bajo ese entendido, se mantienen dentro del margen de la competencia que Justicia y Paz les otorgó, y circunscriben el alcance del contexto a una demostración de la existencia de un conflicto armado interno en las regiones que documentan.

En el segundo escenario, bastante acogido por otro grupo de magistrados, se estima que del contexto es posible derivar responsabilidades de terceros civiles, por lo que su énfasis está en la atribución de responsabilidades a los actores económicos y su enfoque frente a las compulsas de copias es que el contexto puede llenar los vacíos probatorios que existen. Estos magistrados entienden que el contexto es un marco de referencia para: i) precisar las figuras de responsabilidad penal; ii) garantizar la no repetición y, iii) precisar el daño colectivo y orientar su reparación. Así, el contexto muestra las formas de responsabilidad penal en las que pudieron incurrir algunos actores económicos.

Mientras que un grupo de fiscales entrevistados resaltó que el contexto, al no ser concebido como prueba judicial, tiene un

alcance limitado, no obstante, esto no les exime de no tener en cuenta cuál fue la participación de los actores económicos en los hechos delictivos que investigan. Desde la perspectiva de una de las personas entrevistadas en la Fiscalía General de la Nación, más que un énfasis en los terceros, el objetivo del contexto es la construcción de patrones de macrocriminalidad y el avance ágil de los procesos. Así, de acuerdo con esta misma entrevista, hay dos temas que se documentan en los contextos y que tienen que ver con el involucramiento de los actores económicos. Por un lado, la documentación de las fuentes de financiación, centrándose sobre todo en las fuentes que provenían de mecanismos coercitivos como exacciones, contribuciones arbitrarias o secuestro extorsivo, el narcotráfico y el hurto de combustibles. Y, por el otro, la documentación de las redes de apoyo de los grupos paramilitares que, desde su punto de vista, son aquellas que se dieron como una colaboración voluntaria. El problema con el que se han encontrado es poder definir cuándo una contribución es obligatoria o voluntaria. Esto los ha llevado a abordar caso por caso el involucramiento del actor económico con el grupo y a no rotularlos *a priori*. En este punto, desde su perspectiva, “es clave observar: i) la información de las versiones libres; ii) el rol del tercero en la sociedad y, iii) los montos del aporte económico. Este último punto es clave, es diferente el tercero pequeño comerciante que el gamonal que se concertó con los paramilitares”.

Ahora bien, aunque se ha hecho un gran esfuerzo por parte de los operadores de justicia para develar el involucramiento de actores económicos con grupos paramilitares, los resultados no han sido los esperados por las siguientes razones. Primero, el problema más complejo es que no depende de la misma jurisdicción establecer su responsabilidad penal. Esta falencia se atribuye al diseño de la Ley de Justicia y Paz, pues no les otorgó competencias a las salas de Justicia y Paz para establecer el tipo de responsabilidad de terceros, sino que fue diseñada para ser aplicada a los excombatientes. Y segundo, la ruptura entre la justicia transicional y la justicia ordinaria en la investigación de las compulsas ha afectado la continuidad e integridad de los procesos.

La tensión entre el éxito de las pretensiones de restitución y el esclarecimiento de la participación de los actores económicos en el despojo

Como quedó visto en la parte empírica de este estudio, el proceso de restitución de tierras ha tenido un efecto global reducido respecto del esclarecimiento de la participación de actores económicos en el despojo de tierras y territorios. Del universo de sentencias proferidas en la jurisdicción de restitución de tierras, se llevó a cabo un procedimiento para aislar 41 pronunciamientos que incluyeron un actor económico en calidad de opositor, el cual ya fue explicado en el capítulo 1; de estas, no todas terminaron con órdenes de restitución, lo que disminuye la muestra y, por ende, los resultados efectivos en lo que tiene que ver con el despojo en que hubieran participado actores económicos. Esta situación, sin duda alguna, contrasta no solo con las expectativas generales que se pusieron sobre la efectividad de la restitución para revertir procesos de reconfiguración territorial, sino también con la esperanza de que hubiera un mayor esclarecimiento de las eventuales relaciones entre actores armados ilegales y actores económicos legales.

Para arrojar un poco de luz sobre esta situación, esta sección indaga por las causas de aquellos resultados. Así, se intentan mostrar las características del proceso de restitución, en fase administrativa y judicial, que no permitieron avanzar tanto como se esperaba en la investigación sobre la participación de actores económicos en conductas que produjeron el despojo territorial. Para ello organizamos la presentación según los momentos de proceso, para lo cual damos cuenta de los obstáculos que se presentaron en las fases administrativa y judicial del proceso de restitución, mientras que en el tercer apartado mostraremos algunas dificultades comunes a ambas fases.

En la fase administrativa

El Documento de Análisis de Contexto es la principal herramienta con que cuenta la URT para “reconstruir las dinámicas políticas, sociales, económicas y culturales que propiciaron el proceso de despojo o abandono del predio o predios solicitados en restitución” (Unidad de Restitución de Tierras, 2014) y, por tanto,

el instrumento con que eventualmente podría ahondar en algún tipo de participación de actores económicos en el despojo.⁷

Sin embargo, los documentos de análisis de contexto construidos por los grupos de contexto de la URT tienen el problema principal de que están dirigidos a demostrar la existencia de los elementos necesarios para reconocer la restitución,⁸ lo que induce a los analistas a centrar su atención en el momento inicial –el del despojo– y el final –el del opositor– omitiendo en su mayor parte lo sucedido entre esos dos polos.⁹ Esto se debe además a que los analistas tendieron a privilegiar la reconstrucción de un relato en torno al conflicto, y a probar a partir de allí los elementos exigidos por la ley, en lugar de profundizar en las dinámicas del despojo y los múltiples actores que pudieron verse involucrados.¹⁰ Pesa también el hecho de que el objetivo del proceso de restitución de tierras no es lograr el enjuiciamiento penal de ningún actor del conflicto y, por tanto, profundizar en investigaciones que pudieran arrojar elementos de juicio sobre vínculos entre actores armados y económicos podría minar la legitimidad de una jurisdicción que de por sí nació cuestionada por algunos sectores sociales.¹¹

En el plano metodológico, la elaboración de los documentos de análisis de contexto se encontró con una dificultad enorme que fue la falta de cooperación y diálogo interinstitucional que llevara a un acceso fluido a la información requerida. Se echó de menos, en este sentido, que hubiera un diálogo con la Fiscalía General de la Nación que permitiera circular la información producida, por ejemplo, en el marco de los procesos de Justicia y Paz en relación

7 Entrevista con un/a exfuncionario/a de la Dirección Social de la Unidad de Restitución de Tierras, Dejusticia, diciembre de 2017; entrevista con un/a funcionario/a de la Dirección Social de la Unidad de Restitución de Tierras, Dejusticia, diciembre de 2017.

8 La existencia de una víctima que hubiera tenido una relación jurídica con un predio y que la hubiera perdido con ocasión del conflicto armado.

9 Entrevista con un/a exfuncionario/a de la Dirección Social de la Unidad de Restitución de Tierras, Dejusticia, diciembre de 2017.

10 Entrevista con un/a funcionario/a de la Dirección Social de la Unidad de Restitución de Tierras, Dejusticia, diciembre de 2017.

11 Entrevista con un/a exfuncionario/a de la Dirección Social de la Unidad de Restitución de Tierras, Dejusticia, diciembre de 2017; entrevista con un/a funcionario/a de la Dirección Social de la Unidad de Restitución de Tierras, Dejusticia, diciembre de 2017.

con los actores económicos mencionados en las versiones libres rendidas por los paramilitares postulados.¹² En sentido similar, la Unidad de Restitución de Tierras tampoco pudo acceder a información predial resguardada por la Superintendencia de Notariado y Registro, lo que disminuyó su capacidad de documentación de los casos.¹³

“Es probable que cuando se haya empezado a hacer una investigación frente a la participación de un actor determinado, [si se encontró que] no tuvo una relación directa con la transferencia de los bienes [y pese a que los inmuebles estuvieran a su nombre] [...], pues no era relevante. Era entonces una investigación en la que se podía mencionar [dicho actor], pero que no se profundizaba porque no era la finalidad del proceso” (exfuncionario/a de la Dirección Social de la Unidad de Restitución de Tierras, entrevista de Dejusticia, diciembre de 2017).

Este problema no solo ocurrió porque no era posible acceder a la información, sino porque los procedimientos para acceder tampoco eran expeditos y dependían de la gestión de medios tradicionales como solicitudes, oficios o peticiones. En otras palabras, hizo falta una gestión de la información más ágil que le facilitara a la Unidad acceder a lo que necesitara teniendo en cuenta los tiempos legales exigidos para tramitar el proceso de restitución.¹⁴ Esta deficiencia en el plano institucional de alguna manera se compensaba con la llamada “prueba social”, que es vista por algunos actores del proceso como un significativo avance y aprendizaje. Se trata de la aplicación de herramientas típicas de la investigación en ciencias sociales, tales como la entrevista a profundidad, las líneas del tiempo, las cartografías sociales o los grupos focales, para reconstruir conjuntamente con las víctimas

12 Según manifestaron algunas de las personas entrevistadas, solo hasta el 2017 empezaron algunas gestiones con la Fiscalía para suscribir un convenio interadministrativo que facilitara el acceso a la información en ambas vías.

13 Entrevista con un/a exfuncionario/a de la Dirección Social de la Unidad de Restitución de Tierras, Dejusticia, diciembre de 2017; entrevista con un/a funcionario/a de la Dirección Social de la Unidad de Restitución de Tierras, Dejusticia, diciembre de 2017.

14 Entrevista con un/a funcionario/a de la Dirección Social de la Unidad de Restitución de Tierras, Dejusticia, diciembre de 2017.

y comunidades afectadas las dinámicas de despojo que caracterizaron sus territorios.¹⁵

Por otro lado, por lo menos desde el 2014 hacia delante, estos documentos comenzaron a ser realizados con base en unos lineamientos que permitieron una unificación de criterios para su redacción y presentación en las demandas de restitución de tierras. Antes de esa fecha, cada documento respondía más a la forma como los equipos de analistas los entendían, de modo que en muchos casos parecían insuficientes y limitados como herramienta para dar cuenta de las dinámicas económicas, políticas y sociales en que ocurrió el despojo. No obstante, pese a los lineamientos aludidos –que por supuesto marcan las pautas que deben seguir todos los investigadores– y a un proceso de validación interna por los equipos de análisis de contexto, es cierto que la calidad de los documentos ha sido desigual, pues depende del nivel de cualificación técnica de los funcionarios y equipos encargados de su elaboración.¹⁶

Finalmente, y tal y como ocurrió también con los análisis de contexto en el marco de la jurisdicción de Justicia y Paz, se presentó una disputa acerca del valor probatorio de estos documentos elaborados por la Unidad de Restitución de Tierras. Es decir, si podían servir como prueba en sí mismos, o si podían ser utilizados solo con carácter descriptivo del contexto general en que tuvo lugar la dinámica del conflicto que llevó al despojo.¹⁷ Este debate tiene, sin embargo, mucho más peso en la fase judicial del proceso de restitución, pues es allí finalmente donde tendrá el juez o magistrado que decidir si la integra como prueba plena o si solo la utiliza como elemento circunstancial sin ningún peso probatorio.

Todos estos elementos hacen que los análisis de contexto presenten menciones a múltiples actores y dinámicas territoriales, pero que estos sean insuficientes dado su enfoque en los

15 Entrevista con un/a exfuncionario/a de la Dirección Social de la Unidad de Restitución de Tierras, Dejusticia, diciembre de 2017; entrevista con un/a funcionario/a de la Dirección Social de la Unidad de Restitución de Tierras, Dejusticia, diciembre de 2017.

16 Entrevista con un/a funcionario/a de la Dirección Social de la Unidad de Restitución de Tierras, Dejusticia, diciembre de 2017.

17 *Ibid.*

elementos requeridos para garantizar el éxito de las pretensiones de la demanda de restitución. Es de esperar que aparezcan menciones tangenciales a actores económicos pero que, si no se trata de aquellos que actuarían como opositores en el proceso de restitución, los contextos no alcancen a aportar mayores elementos de juicio que pudieran servir para continuar con investigaciones de tipo jurídico penal. Esto es evidente porque en las demandas de restitución ni siquiera se incluían pretensiones, ni institucionalmente se promovía hacerlo, que apuntaran a que los jueces de restitución ordenaran posteriores investigaciones penales.¹⁸ Pese a estos problemas, los documentos de contexto han aportado algunos elementos para avanzar en la dirección requerida, y por ello es deseable sistematizar las menciones a actores económicos que aparecieron como parte del entorno económico y social en que ocurrió el despojo y cruzarlos con bases de datos de instituciones como la Fiscalía General de la Nación.¹⁹

En la fase judicial

Los casos de restitución de tierras con opositor pasan a ser competencia de las salas especializadas en restitución de tierras de los tribunales de distrito. Los expedientes, en principio, deberían llegar instruidos suficientemente, no solo por la labor de la URT, sino también por la del juez de instancia, quienes tendrían que reconstruir y aportar las pruebas conducentes a demostrar los elementos exigidos para ordenar la restitución, y los aspectos contextuales necesarios para situar los casos y emitir órdenes que permitan a las víctimas superar integralmente su situación de vulnerabilidad.²⁰

No obstante, es frecuente que los casos no lleguen a la instancia del tribunal con los elementos de juicio requeridos, razón por la cual los magistrados y magistradas deben echar mano de la única herramienta que tienen para ahondar sus conocimientos

18 Entrevista con un/a exfuncionario/a de la Dirección Social de la Unidad de Restitución de Tierras, Dejusticia, diciembre de 2017; entrevista con un/a funcionario/a de la Dirección Social de la Unidad de Restitución de Tierras, Dejusticia, diciembre de 2017.

19 Entrevista con un/a funcionario/a de la Dirección Social de la Unidad de Restitución de Tierras, Dejusticia, diciembre de 2017.

20 *Ibid.*

y adoptar la decisión: las pruebas de oficio.²¹ Esta es, entonces, la principal herramienta que, en la fase judicial del proceso de restitución, sirve para que la magistratura trate de profundizar la verdad judicial acerca de los actores económicos involucrados en el despojo territorial. Sin embargo, el uso de esta herramienta está limitado por dos circunstancias. Primero, entre más se trate de recoger elementos de prueba, el proceso de restitución se puede extender en el tiempo, con la consecuente demora en la toma de decisión final frente al caso de restitución específico. Esta situación ha llevado a que los magistrados no utilicen mucho la herramienta o, en aquellos casos en que lo hacían, hayan venido reduciendo su uso a lo justamente necesario para poder decidir sobre la pretensión principal del proceso.²²

La segunda circunstancia es que los despachos no tienen un consenso sobre el alcance que puede tener esta prueba de oficio dentro de los procesos. Es decir, si la pueden utilizar para ahondar sobre algo que ya había sido traído al proceso por alguna de las partes, o si incluso se puede, a través de ella, demostrar un hecho nuevo dentro del proceso. Esta discusión no es de poca monta porque alude a la posibilidad de la parte afectada de controvertir la prueba que se esté usando para decidir en su contra. Sin que haya habido una decisión prevaleciente entre los despachos que conocen de los casos de restitución de tierras con opositor, la postura varía entre los dos extremos: quienes solo la utilizan para ahondar en aspectos ya traídos al proceso, y aquellos que incluso la utilizan para demostrar situaciones no advertidas con antelación.

En todo caso, la posibilidad de acudir a las pruebas de oficio es una herramienta del proceso de restitución que, en no pocas situaciones, sirvió para profundizar en el conocimiento de la

21 Entrevista con un/a magistrado/a de la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá, Dejusticia, noviembre de 2017. Entrevista con un/a Funcionario/a de la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá, Dejusticia, diciembre de 2017.

22 Entrevista con un/a magistrado/a de la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá, Dejusticia, noviembre de 2017. Funcionaria/o de la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá, Dejusticia, diciembre de 2017.

“Un fallo tiene más o menos unas 10 o 15 órdenes dirigidas a 10 o 15 instituciones distintas, entonces, donde ya hay más de 300 o 400 fallos, es complicado. Es lo ideal, y sería parte de nuestro deber; pero es complicado. No hay tiempo. Las plantas de personal son pequeñas. [En el despacho solo hay] tres personas para sacar entre 3 y 5 fallos mensuales, hacer el seguimiento a todo lo que ya se tiene, hacer tutelas, sacar *habeas corpus*, y a la vez revisar el trabajo de las otras dos magistradas, es complicado. El tiempo no alcanza” (magistrada/o de la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá, entrevista de Dejusticia, noviembre de 2017).

participación de los actores económicos en el despojo, e incluso con las conductas criminales que lo habrían producido.²³

Por otro lado, se ha planteado también que en la etapa pos-fallo se puedan emitir órdenes encaminadas a que se investigue a las personas, pero en todo caso en aquellas compulsas de copias que se han realizado para que, siendo del caso, se investigue a personas, los jueces y magistrados se encuentran nuevamente con el problema de priorizar el tipo de órdenes a las que hacen seguimiento. Es decir, dado que tienen que hacer seguimiento a un promedio de entre 10 y 15 órdenes por fallo, resulta en la práctica muy difícil hacer un seguimiento cercano a las compulsas de copias, las cuales, en últimas, parece que son archivadas por la Fiscalía General.²⁴

Pese a estos inconvenientes, en la fase judicial del proceso de restitución hubo avances significativos en términos de esclarecimiento de la verdad judicial sobre la participación de actores

23 Un ejemplo de ello se encuentra en la decisión adoptada por la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá en un caso en que, según una de las personas entrevistadas, a través de pruebas de oficio se logró avanzar en el esclarecimiento de posibles relaciones del opositor con bandas criminales que surgieron con posterioridad al proceso de desmovilización de las AUC. Ver Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Sentencia del 22 de febrero de 2017, Radicado 50001312100120140001401. Es de advertir que en la primera fase de recolección de información no se tuvo conocimiento de esta sentencia porque no aparece en el sistema virtual que sirve de repositorio de los fallos judiciales. Accedimos al texto del fallo el 21 de diciembre de 2017, gracias a la gestión de una de las personas entrevistadas para esta sección del estudio.

24 Entrevista con un/a magistrado/a de la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá, Dejusticia, noviembre de 2017.

económicos en el despojo y las modalidades como ocurrió, especialmente en una región del país tan afectada por la violencia como Montes de María.²⁵

Si bien las cifras cuantitativas son desalentadoras, no hay que perder de vista que el proceso de restitución en sí mismo puede ser visto también como una forma de endilgar responsabilidades distintas a la penal y, en este sentido, estaría contribuyendo a ampliar el espectro de lo que es posible exigir a los actores económicos que hayan participado en el conflicto armado. Dadas las múltiples dificultades que existen, desde un punto de vista garantista, para perseguir penalmente a quienes desde la sociedad civil actuaron en connivencia con los grupos armados para perpetrar el despojo territorial, no es de poca monta entender y atribuir responsabilidades distintas a la penal.²⁶

Lo común a las fases administrativa y judicial

Decir que el proceso de restitución de tierras no ha arrojado muchos resultados en lo que tiene que ver con la responsabilidad de actores económicos en el despojo debido a que su enfoque no es establecer responsabilidades penales sino lograr el restablecimiento de derechos territoriales de individuos y poblaciones es cierto, pero deja ocultas múltiples aristas. En las fases administrativa y judicial hay enfoques, problemas técnicos, dificultades probatorias y obstáculos de diverso orden que han modelado lo que ha sido este proceso.

El principal problema del proceso de restitución de tierras como un todo fue que desde su inicio no contó con un enfoque metodológico que tuviera como objetivo identificar aquellos casos en los que actores económicos hubieran participado del despojo. Esto fue así porque la intención del proceso de restitución no era prestar atención a los actores económicos ni a sus relaciones con

25 El ejemplo de este caso subregional, además, demuestra la necesidad y conveniencia de abordar de forma colectiva las solicitudes y demandas de restitución para que así, con base en varios casos, se reconstruyan en el mismo momento las dinámicas de despojo a un nivel territorial o regional.

26 Entrevista con un/a investigador/a en temas restitución de tierras y empresas, Dejusticia, diciembre de 2017; entrevista con funcionaria/o de la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá, Dejusticia, diciembre de 2017.

grupos armados, sino servir de instrumento para probar que el hecho de despojo sí había ocurrido como efecto del conflicto armado. Así, dado este enfoque, nunca hubo un direccionamiento hacia los actores económicos que participaron en el despojo. La única forma de que aparecieran en ambas fases del proceso de restitución era si actuaban como opositores en los procesos porque ostentaran alguna relación jurídica con el predio o un interés relevante en él al momento de iniciar la acción de restitución.

A partir de este problema, además, se pueden explicar otras falencias observadas en ambas fases del proceso de restitución. Así, por ejemplo, los equipos de análisis de contexto no dedicaban tiempo a esclarecer las relaciones de los actores económicos pues no lo necesitaban o no se les exigía, además de que eso podría implicar una mayor carga laboral y demora en su trabajo; por su lado, algunos jueces de restitución no se preocupaban por pedir pruebas de oficio para clarificar la relación de actores económicos con el despojo porque tampoco lo necesitaban para decidir sobre el derecho de restitución, además de que hacerlo les creaba el dilema de ampliar el conocimiento en torno a un caso o hacer efectivo el derecho a la restitución.

“[En los procesos de restitución] hay como una tensión entre procurar una respuesta oportuna y procurar una respuesta justa y efectiva” (entrevista RAE-EI, magistrado/a de la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras, noviembre de 2017).

Dicho de otro modo, en la fase administrativa del proceso los esfuerzos de investigación y caracterización de los casos por presentar ante los jueces estaban encaminados a lograr identificar que había una víctima, que esta tenía una relación jurídica o material con el bien inmueble, y que había perdido este bien como efecto del conflicto armado, esto es, en identificar y probar los elementos requeridos para hacer efectivo el derecho a la restitución.²⁷ En la fase judicial, los magistrados de la jurisdicción igual-

27 Entrevista con un/a exfuncionario/a de la Dirección Social de la Unidad de Restitución de Tierras, Dejusticia, diciembre de 2017.

mente se esforzaron, antes que nada, en verificar el cumplimiento de aquellos requisitos para que fuera posible ordenar la restitución y medidas complementarias para el restablecimiento de los derechos de las víctimas.²⁸ En ambos casos esta actitud se refleja en las pocas compulsas de copias que salieron desde los procesos con destino a la Fiscalía por conductas delictivas asociadas al despojo. Por tanto, los resultados globales en ese tema, por lo menos desde una perspectiva cuantitativa, fueron exiguos –pues pocos casos nuevos terminaron en compulsas de copias para iniciar investigaciones penales– y tangenciales –porque en algunos sirvieron como complemento a procesos que ya estaban en curso–.²⁹

Tanto en la fase administrativa como judicial del proceso de restitución opera además una especie de particularización de los casos que impide realizar una mirada de conjunto para detectar patrones de despojo en los cuales hubieran podido participar actores económicos. Pese a que la URT actúa a partir de un ejercicio de microfocalización territorial, los funcionarios terminan analizando los casos y presentando demandas de forma individual.³⁰ Por su lado, en la fase judicial los jueces y magistrados de restitución continúan con la fragmentación al no poder acumular los casos y proferir sentencias integrales que aborden de una sola vez la situación de una región y conjuguen las trayectorias militares del conflicto armado con los procesos económicos que le acompañaban.³¹

28 Entrevista con un/a funcionario/a de la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá, Dejusticia, diciembre de 2017.

29 Esto es lo que sucedió con el caso de alias La Sombrerona, pues alguna información advertida en la fase administrativa del proceso de restitución sirvió para apuntalar pruebas que existían en la investigación penal por sus vínculos con grupos paramilitares en el departamento de Magdalena.

30 Funcionario/a de la Dirección Social de la Unidad de Restitución de Tierras, Dejusticia, diciembre de 2017; magistrada/o de la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá, Dejusticia, noviembre de 2017.

31 Así, por ejemplo, las sentencias que existen sobre la subregión de Montes de María fueron proferidas en diferentes momentos y por distintos despachos, lo que impidió articular las narrativas del conflicto y de la dinámica económica de forma que emergiera más claramente el tipo de participación de los actores económicos en el despojo; entrevista con investigador/a en temas de restitución de tierras y empresas, Dejusticia, diciembre de 2017.

Es probable que de ser tratados de forma conjunta, tales casos arrojarían más luces sobre las dinámicas sociales que llevaron al despojo y sobre las relaciones entre diferentes actores. Como se dijo, esta fragmentación empieza con la presentación de las demandas de restitución, e incluso con el reparto de los casos en la fase administrativa, pero justamente el problema radica en que desde el principio no se actúe con un enfoque más amplio e integral que evite la particularización de los casos desde la fase administrativa.

Por otro lado, la carga y el volumen de trabajo que tienen los funcionarios de las fases administrativa y judicial del proceso de restitución no puede ser desestimada como parte de los obstáculos que enfrenta el esclarecimiento de la participación de los actores económicos en el despojo. Algunas de las personas entrevistadas coincidieron en afirmar que la presión frente a los resultados y las metas incidía de forma negativa no solo en la construcción de los contextos y la documentación de los casos en la fase administrativa,³² sino también en que los jueces y magistrados de restitución accedieran a usar recursos como su facultad para ordenar pruebas de oficio de modo que pudieran documentar mejor los casos que tendrían que decidir.³³

A semejantes problemas de orden administrativo se adiciona uno de orden político. Para varias de las personas entrevistadas, el hecho de que el proceso de restitución no haya avanzado mucho en develar las relaciones de amplios sectores económicos con el despojo no es una situación gratuita, sino una consecuencia lógica de su diseño y funcionamiento, que en su mayor parte estuvo dirigido a demostrar la afectación particular que padeció una víctima, y que por tanto era cauto para no tocar los intereses de grandes empresas, empresarios, terratenientes y demás actores económicos, especialmente en el nivel regional, donde cuentan

32 Entrevista con un/a exfuncionario/a de la Dirección Social de la Unidad de Restitución de Tierras, Dejusticia, diciembre de 2017; entrevista con funcionario/a de la Dirección Social de la Unidad de Restitución de Tierras, Dejusticia, diciembre de 2017; entrevista con investigador/a en temas restitución de tierras y empresas, Dejusticia, diciembre de 2017.

33 Entrevista con un/ a magistrado/a de la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá, Dejusticia, noviembre de 2017.

con mayores posibilidades de ejercer un dominio incuestionado.³⁴ En otras palabras, la restitución nunca fue vista como mecanismo para revertir las consecuencias territoriales del conflicto armado, sino como herramienta de legalización de la usurpación de tierras y territorios, y de legitimación del régimen político.³⁵

Oportunidades, aprendizajes y limitaciones derivados de los ejercicios de develación del rol de actores económicos en el conflicto armado colombiano

129

Los ejercicios llevados a cabo por la justicia colombiana en Justicia y Paz y restitución de tierras difieren bastante, tanto por los objetivos que pretendían alcanzar como por las metodologías de trabajo y los impactos conseguidos. No obstante, tienen en común una incidencia, por lo menos indirecta, en la forma en que la sociedad colombiana aborda la rendición de cuentas de actores económicos por su participación en el conflicto armado interno. Durante todo el primer capítulo se han mostrado tanto los datos y la información que puede extraerse del trabajo judicial en estos dos procesos, así como en los derivados de la parapolítica, sea en términos de verdad judicial o de simples datos relevantes, como la forma en que los jueces y magistrados llegaron a los mismos. Lo que se intentará en este apartado es condensar toda esta información en una especie de listado de aprendizajes, limitaciones y oportunidades que se derivan de la experiencia adquirida.

34 Esto es evidente, por ejemplo, en la influencia negativa que actores políticos regionales tienen en el cumplimiento de las órdenes contenidas en los fallos de restitución, y que han sido evidenciadas por algunos jueces. Entrevista con un/a funcionario/a de la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá, Dejusticia, diciembre de 2017.

35 Entrevista con un/a funcionario/a de la Dirección Social de la Unidad de Restitución de Tierras, Dejusticia, diciembre de 2017; entrevista con magistrada/o de la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá, Dejusticia, noviembre de 2017.

Diseño *a posteriori* de las herramientas normativas y metodológicas para el desarrollo de la agenda de rendición de cuentas

Si bien la modificación, en 2012, de la Ley 975 de 2005 fue considerada como un avance en el literal anterior, la necesidad de modificar las herramientas normativas en que se basa un mecanismo de justicia para responder a necesidades previsibles demuestra la importancia de tener claros los objetivos del modelo. Justicia y Paz nunca estuvo diseñado para responsabilizar a actores económicos por su connivencia y colaboración con grupos paramilitares, pero sí para garantizar el derecho de las víctimas a la justicia y, en cierto modo, garantizar la no repetición del paramilitarismo. Desde ese segundo enfoque fue que el legislador decidió en 2012 modificar el marco normativo para dar cabida a la reconstrucción de contextos y la develación de las redes de apoyo y financiación. Esta no fue una necesidad sobreviniente, estaba presente desde el momento mismo de la redacción de la Ley 975.

Lo mismo ocurrió, luego, con los protocolos de actuación de la judicatura para la redacción y presentación de contextos dentro del proceso penal especial de Justicia y Paz. La forma en que se entregó información contextual y se construyeron los primeros contextos en las salas de Justicia y Paz no era satisfactoria frente a las necesidades de información de los magistrados y las obligaciones que les imponía la ley, entre otros, por falencias en la identificación de las redes de apoyo y financiación. Así, la magistratura, de forma independiente para cada sala, se tuvo que embarcar en un proceso de construcción de protocolos de actuación para cada sala de tribunal. Esta diferenciación en los protocolos causa problemas también a la hora de sistematizar la información proveniente de diferentes salas y evidencia distintos enfoques y maneras de acercarse al fenómeno. Si bien la respuesta a una necesidad concreta es encomiable, las dificultades que derivaron en la creación de los protocolos también eran previsibles y, por tanto, superables.

Así, es necesario aprender de las lecciones de Justicia y Paz en este punto y diseñar con antelación las herramientas normativas y metodológicas que permitirán el desarrollo de la labor de la JEP y la justicia ordinaria en cuanto a la responsabilidad de actores económicos por su participación en el conflicto armado interno.

Los retos que implican los cambios en las condiciones normativas ya se han visto reflejados en el proceso de implementación del AFP. Así, la decisión de la Corte Constitucional de prohibir el llamado compulsorio de terceros civiles ante la JEP no pudo ser incorporado en el texto del proyecto de ley estatutaria, de manera que volvió a quedar en manos de esta Corte adecuar el marco jurídico existente a sus exigencias. Esto implica problemas de organización, planeación y ejecución temprana de las actividades de la jurisdicción, pues quedarán a la espera de la decisión del tribunal para poder conocer la forma en que podrían tramitarse casos relacionados con terceros civiles que pudieran haber participado en el conflicto armado.

Dispersión de competencias y descentralización de las funciones de investigación, juzgamiento y sanción

Los dos ejercicios de derecho penal analizados –Justicia y Paz y parapolítica– presentan un desafío adicional a la hora de materializar en investigación y juzgamiento la información recabada respecto a actores económicos que pudiesen haber participado en hechos relacionados con el conflicto armado.

En el caso de Justicia y Paz, como se ha mencionado varias veces, el ingreso al proceso penal especial está restringido a ciertos combatientes, quienes tienen la obligación de aportar verdad integral respecto a su participación en delitos en el marco del conflicto. Esto implica describir las redes de apoyo y financiación, por ejemplo, al proyecto paramilitar. En caso de que la Fiscalía General de la Nación o la judicatura obtuvieran allí información sobre el involucramiento de actores no combatientes, como los económicos, lo único que procede, más allá de incluirlos o no en el contexto, es una compulsa de copias al juez natural del involucrado para que se inicie una investigación paralela pero independiente.

Mientras tanto, la parapolítica estuvo enmarcada en la lógica del derecho penal ordinario, pero dado que los investigados contaban con un fuero de investigación y juzgamiento especial por su calidad de congresistas, su juez natural era la Sala de Casación Penal de la CSJ. La mayoría de actores económicos no están cobijados por una garantía de este tipo, por lo que, nuevamente, si en el contexto de una investigación por parapolítica, la CSJ

encontraba información relacionada, por ejemplo, con un comerciante particular, su única opción era llevar a cabo una compulsa de copias para que se iniciara una investigación independiente.

Ambos casos presentan como reto que quienes reciben la compulsa de copias –que la mayoría de veces es una dirección de la Fiscalía General de la Nación– no tienen el conocimiento adquirido ni el panorama completo respecto al fenómeno que se va a investigar. Los fiscales de Justicia y Paz y la CSJ llevaron a cabo una labor de investigación que, al momento de realizar la compulsa de copias, se fragmenta y pierde en parte el impulso probatorio que trae. Esto dificulta en gran manera el avance de los procesos paralelos para personas no aforadas o no combatientes, respectivamente.

El diseño inicialmente planteado para la JEP evitaba esto, al establecer un sistema integral de justicia penal que cobijaba a todos los actores que pudieron participar en el conflicto, no solo a los combatientes. No obstante, la decisión de la Corte Constitucional de impedir el llamado compulsorio a terceros y agentes estatales civiles revive la problemática y hace necesario aprender de las dificultades del pasado.

Focalización o priorización territorial y sectorial

Finalmente, una característica especial de la política pública de restitución de tierras fue la obligación de focalizar la acción de la URT. Esta herramienta permite abordar de manera integral problemáticas que la mayoría de veces son interseccionales, multiactor y probatoriamente complejas.

La justicia penal colombiana ha intentado avanzar en esta dirección. En Justicia y Paz, a partir de la posibilidad de priorizar y seleccionar casos para focalizar la acción de la Fiscalía General de la Nación, permitir una comprensión integral del fenómeno del paramilitarismo en las diferentes regiones del país en que se presentó y enfocarse en el juzgamiento de los máximos responsables. Esto fue trasladado por la Fiscalía General de la Nación a todos los delitos sistemáticos que llegaran a su conocimiento a partir de una serie de directivas para los fiscales.³⁶

36 Véase, Fiscalía General de la Nación. Directiva 001 de 2012.

Ambos ejercicios demostraron las virtudes de este enfoque, tanto por el avance en el esclarecimiento de hechos como por los impactos en la restitución de tierras y territorios.

Por su parte, la parapolítica respondió a un modelo completamente diferente, basado en la disponibilidad de denuncias e información sobre quienes pudieran haber sostenido relaciones de connivencia o colaboración con grupos armados al margen de la ley. Esto se refleja en la falta de análisis en diversas regiones del país, la dificultad para avanzar en la investigación de crímenes de sistema relacionados con violencia política y colaboración electoral, y la poca representatividad de ciertos sectores del espectro político colombiano que han sido denunciados de forma repetitiva por sostener estas mismas relaciones.

Nuevamente, la JEP funciona con base en un sistema de priorización claro y con algunas herramientas que pueden servir para seleccionar los casos más representativos y que requieren la atención de la justicia y la sociedad colombiana. Las experiencias de Justicia y Paz y restitución de tierras al respecto pueden servir para informar el quehacer de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, y de la Unidad de Investigación y Acusación a este respecto.

Poco análisis jurídico de fondo sobre el involucramiento de actores económicos en el conflicto armado

Como se ha explicado en varias ocasiones a lo largo del texto, el análisis sobre la develación del papel de los actores económicos en el conflicto se hizo sobre sentencias que analizaban la responsabilidad penal de otro tipo de actores (Justicia y Paz-combatientes, parapolítica-políticos) o que materializaban una política pública de reparaciones a víctimas (Política Pública de Restitución de Tierras). Los tres tipos de sentencia llevaban a cabo la reconstrucción del contexto que rodeaba los casos, con finalidades y metodologías distintas. Justicia y Paz lo hacía por la obligación que impone la Ley 1592 de 2012 de develar las redes de apoyo y financiación de los grupos armados; parapolítica con el fin de decidir si el acusado había cometido el delito por el que se le llevó a juicio, que por lo general era concierto para delinquir o uno relacionado con violencia electoral. Por su parte, restitución de tierras se enfocaba

en determinar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley 1448 de 2011 para otorgar la restitución, entre los cuales se encuentra que el o la solicitante hubiera sufrido despojo de predios o tuviera que abandonarlos forzosamente como consecuencia directa o indirecta de hechos que configurarían violaciones de los derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario en el marco del conflicto armado.

En ese sentido, una de las mayores limitaciones del presente estudio apareció al intentar extraer consideraciones jurídicas que permitieran justificar la inclusión de un actor económico dentro de una sentencia en razón de su participación o no en el conflicto. Dado que el foco no era la responsabilidad del actor económico, la judicatura por regla general no llevó a cabo más que una caracterización somera sobre en qué consistió su participación, pero no se analiza en términos jurídicos qué implicaciones tendría esto.

Esto responde, claramente, a la competencia limitada que tienen los jueces para resolver el caso que tienen ante sí, especialmente en Justicia y Paz, donde el procedimiento penal especial es solamente para antiguos integrantes de grupos armados, o en restitución de tierras, que en ningún caso hace una evaluación penal del despojo o el abandono forzado.

Así, si bien se puede entender esta falta de análisis jurídico profundo sobre la participación de los actores económicos dentro de las sentencias analizadas, esto implica una limitación grande para la develación de su papel dentro del conflicto, especialmente desde el punto de vista de la rendición de cuentas. Esto implica que las categorías que se reconstruyen y se explican en la segunda parte de este libro se nutren solo en parte del estudio realizado en la primera. Más allá de la identificación de patrones que permitieran identificar la pertinencia de ciertos temas, no fue posible derivar reglas o interpretaciones sólidas respecto a conceptos jurídico-penales, como las formas de participación de personas individuales o la aplicabilidad de la coacción como eximente de responsabilidad penal.

No hay que perder de vista la importancia, por sí misma, que tiene la identificación de patrones de participación de actores económicos en el conflicto armado colombiano, que es el efecto inmediato de los datos recolectados. Pero, al concluir, como se hizo, que existieron diversas formas de relación entre actores

económicos y conflicto, así como distintos repertorios de violencia en los que participaron, se hace evidente la necesidad de claridad conceptual en temas de derecho penal, que son los que se abordan en la segunda parte de este libro.

En las menciones relacionadas en parapolítica se encontraron 57 que evidencian una participación coaccionada directa de actores económicos en el conflicto; mientras que las voluntarias directas fueron 406. Una comparación de ambos conceptos, sin conocer exactamente cuál fue el sustento normativo y fáctico para determinar la ocurrencia de uno u otro fenómeno –el de la coacción o el de la voluntariedad–, a pesar de dar luces sobre lo que pudo haber ocurrido, hace necesario precisar los estándares jurídicos que deberían aplicarse a estos casos cuando se lleve a cabo un juicio de responsabilidad penal sobre el actor económico.

Lo mismo ocurre, por ejemplo, con la diversidad de modalidades de participación en el despojo de tierras y territorios evidenciada. Allí no solo se constata una problemática por la tipificación penal que debería hacerse al momento de analizar la responsabilidad penal del actor económico, sino que aparece un gran vacío relativo al estudio de la participación del actor económico en términos penales. Como se evidenció, uno de los repertorios que apareció más fue el de la cadena de tradiciones desde el despojado hasta el actor económico. Si este último fue parte de un plan urdido con el único fin de despojar las tierras o los territorios, el problema está en determinar si existe coautoría, autoría mediata, determinación u otra forma de participación. Mientras tanto, si el actor económico no participó del despojo, pero conociéndolo con posterioridad se aprovecha de él, su participación es mucho más difusa y presenta problemas dogmáticos más profundos, que llegan incluso al punto de determinar la relevancia penal de estas conductas. Aquí la necesidad de claridad conceptual es mucho más grande, pues como se explicó, Restitución de Tierras está enfocada en la reparación a las víctimas y no a la responsabilidad penal de ningún actor, por lo que no hay siquiera un principio de análisis criminal.

Parapolítica presenta desafíos también. Uno de ellos es el de la participación de actores económicos en campañas políticas permealas por el paramilitarismo. Evidentemente, esto solo constituye un problema de derecho penal si el actor económico tenía

conocimiento de dicha alianza. Pero si esto ocurre, entonces es necesario saber si tiene relevancia desde el derecho penal; y si la respuesta es positiva, saber si se constituye como una coautoría, una complicidad u otra forma de autoría o participación en términos de dogmática penal.

Dado lo anterior, es necesario llevar a cabo un estudio sobre la forma en que tales problemas, evidenciados en la recolección de información de sentencias de Justicia y Paz, parapolítica y restitución de tierras pueden y deben ser resueltos cuando se analice la responsabilidad penal de los actores económicos. Esto es lo que se pretende hacer en la segunda parte del presente texto.

SEGUNDA PARTE

En la primera parte mostramos el alcance en materia de develación del papel de los actores económicos en el conflicto armado y culminamos con las dificultades, los retos y las oportunidades que estos ejercicios previos presentan para el nuevo momento transicional derivado del Acuerdo Final de Paz (AFP). Como se explicó al final de esa parte, a continuación, basados en estos hallazgos y la normativa jurídica aplicable, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y la jurisdicción ordinaria deberían acercarse a ejercer su competencia sobre actores económicos y determinar su responsabilidad penal.

Al principio de este documento adoptamos una definición amplia del término de actor económico, como aquella persona, natural o jurídica, nacional o transnacional, pública, privada o mixta, que realiza actividades empresariales o comerciales. Es por ende importante aclarar que, para los fines de este capítulo, cuando hablamos de actor económico nos referimos a individuos, es decir personas que llevan a cabo actividades económicas por su propia cuenta, o como parte de una empresa, por ejemplo, como su dueño o director. Esto, porque tanto a nivel internacional como colombiano, la responsabilidad penal solamente es aplicable a individuos, no a personas jurídicas.

Para maximizar la utilidad de los hallazgos de nuestro análisis empírico y permitir que sirvan para distinguir entre casos de participación de actores económicos que merecen o no una investigación penal, basaremos en ellos nuestro análisis de los criterios y desafíos que surgen en la definición de la responsabilidad jurídica de esos actores, siempre que esto sea posible. Así se pueden ilustrar con ejemplos concretos algunos de los desafíos más complejos que enfrentarán tanto la JEP como la jurisdicción ordinaria

con respecto a la responsabilidad penal de actores económicos y proponer caminos para resolverlos.

Sin embargo, como se explicó, la información empírica en la primera parte de este texto proviene de sentencias judiciales que no derivan de causas penales contra actores económicos. Por ende, es importante aclarar que usar esta información para alimentar un análisis jurídico de su responsabilidad penal se encuentra con un desafío: en muchos casos las menciones de su participación por parte de los jueces y tribunales se han hecho sin que se incluya toda la información que sería necesaria para evaluar si se cumplen los elementos objetivos y subjetivos de la responsabilidad penal.

Este análisis jurídico específico sobre cómo responsabilizar penalmente a los actores económicos se hace necesario por varias razones: i) las entrevistas con algunos de los magistrados y magistradas de salas de Justicia y Paz demostraron las dificultades para aplicar los estándares de la imputación penal al caso concreto de la participación de actores económicos en crímenes relacionados con el conflicto armado; ii) no existe un ejercicio sistemático de judicialización de actores económicos por su participación en el conflicto, más allá de los esfuerzos desconcentrados de la Fiscalía General de la Nación y, iii) la tradición jurídica penal colombiana no ha avanzado suficientemente en la explicación y aplicación de estándares de derecho penal a casos de criminalidad masiva y sistemática, como los ocurridos en el conflicto, cuando se discute la participación de actores económicos en ellos. Explicando esto con el ejemplo de la financiación de grupos armados por actores económicos, desde una perspectiva del derecho penal, surgen las siguientes preguntas:

¿Qué tipo de colaboración con un grupo armado es necesaria para que un actor económico pueda ser considerado como coautor o autor mediato de crímenes cometidos por el grupo? ¿Qué tipo de acuerdo hay que probar para responsabilizarlo por el delito de concierto para delinquir? ¿Y según qué criterios definir si el financiamiento resulta en complicidad penal? Si se puede probar el elemento objetivo de una de estas formas de participación, ¿cómo definir el elemento subjetivo necesario, es decir, qué conocimiento o intención con respecto de la comisión de crímenes por parte del grupo financiado es necesario? Más

complicado aún, ¿es un actor económico que financia a un grupo armado penalmente responsable para todos los crímenes que este grupo comete o solamente para algunos? y, en caso afirmativo, ¿cuáles? ¿Es la relación entre financiación y la comisión de crímenes siempre demasiado remota para responsabilizar al actor económico por haber colaborado con grupos armados de esta manera? A este listado de preguntas complejas se agregan unas cuantas más con respecto a la delimitación entre aportes voluntarios y coacción.

Este panorama jurídico bastante intrincado por sí mismo se complica más por dos factores adicionales: i) lo que está en juego no es cualquier tipo de participación en crímenes, sino la participación en crímenes internacionales, por lo cual la judicatura colombiana tiene que tener en cuenta los estándares internacionales en el análisis de estos casos. Estos, por su lado, tampoco están muy claramente desarrollados, aunque como se verá, es posible definir algunos estándares mínimos al respecto. ii) El trabajo de la JEP con respecto a actores económicos se lleva adelante en el contexto de un sistema de justicia transicional con amnistías y un enfoque en la penalización solamente de los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos. Por ende, el análisis jurídico dentro de la JEP tiene que tener en cuenta consideraciones adicionales, como las de cómo aplicar el concepto del máximo responsable a un actor económico, y cómo distinguir los casos que merecen una sanción penal de los casos que se prestan para una renuncia de la persecución penal a cambio de aportar plena verdad y reparación.

Con el fin de dar herramientas a la judicatura colombiana y proponer discusiones jurídicas que potencien la agenda de rendición de cuentas de los actores económicos, en primer lugar expondremos algunas reflexiones alrededor de los estándares internacionales aplicables para la determinación de responsabilidad de actores económicos por los delitos en que hubiesen participado en el marco de un conflicto armado; asimismo, haremos un breve acercamiento a las experiencias de otros Estados en esta materia (capítulo 3).

Dada la competencia paralela de la JEP y la jurisdicción ordinaria sobre terceros civiles, presentamos un análisis de las competencias de estas instancias sobre los actores económicos, así

como de la relación entre las dos jurisdicciones con respecto a la investigación de la participación de los actores económicos en el conflicto armado. También presentaremos reflexiones alrededor del concepto de la participación directa o indirecta en el conflicto por parte de terceros, un tema de importancia crucial para establecer la competencia de la JEP (capítulo 4).

A partir de lo anterior explicamos cómo los estándares de derecho internacional abordados pueden ser incorporados en los debates jurídicos nacionales, tanto en la JEP como en la jurisdicción ordinaria (capítulo 5).

Posteriormente, presentaremos la normativa colombiana y la forma en que esta puede interactuar con los estándares y la práctica internacional en materia de rendición de cuentas de actores económicos, tanto con respecto a determinar su responsabilidad penal como a definir eximentes de culpabilidad. Esto con especial énfasis en el trabajo de los operadores judiciales que tienen la competencia para conocer los casos ocurridos en el marco del conflicto armado interno (capítulo 6).

Por último, propondremos algunas reflexiones sobre los criterios de priorización de casos y cómo aplicarlos a la situación específica de la responsabilidad de los actores económicos (capítulo 7).

Ahora bien, es clave subrayar que las observaciones jurídicas presentadas en esta parte tienen importancia más allá del caso colombiano. Así como el estudio de los estándares del derecho internacional es relevante por su incorporación en el sistema legal colombiano, el análisis de este caso también puede ser muy interesante visto desde afuera. En efecto, aunque el análisis del derecho colombiano no se puede transferir en todos sus elementos y detalles a la situación jurídica de otros países, algunos de los problemas subyacentes tienen relevancia internacional. Por ejemplo, el de cómo distinguir entre actividades económicas legítimas y complicidad de actores económicos en crímenes internacionales, o cómo definir los límites entre aportes voluntarios y coaccionados. Teniendo en cuenta que la responsabilidad penal de los actores económicos es una materia aún en desarrollo, es probable que otros países que decidan abordarla –ya sea a través de medidas de justicia transicional o por aplicación de las normas de su derecho penal interno– se encuentren enfrentados a problemas bastante similares. En ese sentido, y añadiéndole la atención

internacional que ha tenido el proceso de paz colombiano y ahora su implementación, la discusión de este caso podría servir como una guía importante tanto para la práctica como para la discusión académica sobre estos temas en el futuro.

CAPÍTULO 3

Estándares internacionales y lecciones de la experiencia internacional para la responsabilidad de actores económicos por su participación en conflictos armados

El análisis de los estándares y de la experiencia internacional tiene dos objetivos principales. Primero, esbozar las pautas existentes relativas a la responsabilidad penal de actores económicos individuales es importante para aclarar los principios que la judicatura colombiana debería tener en cuenta al tomar decisiones con respecto a investigar, juzgar y sancionar a aquellos. Al mismo tiempo, analizar precedentes internacionales y de otros países respecto a los desafíos jurídicos que representa definir esta responsabilidad y cómo superarlos puede servir como guía para el análisis judicial en Colombia (y en otras partes del mundo). Sin minimizar la significancia de las diferencias entre sistemas jurídicos y contextos fácticos en los que las distintas experiencias internacionales se ubican, estas proporcionan lecciones interesantes sobre la conceptualización de la responsabilidad penal de actores económicos por crímenes internacionales.

Con respecto al primer punto, el de los estándares internacionales, es importante destacar desde el principio que “actor económico” no es una categoría específica en el derecho penal, sino que, más bien, a este grupo de actores se aplican los estándares generales del derecho penal internacional. Por esto, nuestro análisis estudia tanto sentencias que, aun en el contexto de juicios contra otro tipo de actores, establecen estándares internacionales relevantes como sentencias de tribunales internacionales que juzgan a actores económicos por su rol en crímenes internacionales.

Ahora bien, dado que hasta ahora la Corte Penal Internacional (CPI) no se ha pronunciado en detalle sobre los principios de participación en crímenes, la experiencia más importante para informar el trabajo de la JEP son los juicios contra terceros en los tribunales penales internacionales *ad hoc*, muchos de los cuales

proviene de contextos de justicia transicional. La jurisprudencia de estos tribunales tiene alta importancia por su influencia en la determinación de los estándares de la responsabilidad jurídica de terceros, particularmente la de empresarios por su complicidad en graves violaciones de derechos humanos, incluso en el contexto de conflictos internos o de represión.¹

La jurisprudencia analizada aquí es de suma importancia pues refleja, por lo menos en parte, principios del derecho internacional consuetudinario que deben servir como estándares mínimos para la evaluación jurídica de la participación de los actores económicos en crímenes cometidos en relación con el conflicto armado. Además, provee ejemplos sobre cómo aplicar estos principios en casos específicos, relevantes para el contexto colombiano. Y, como resaltó la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-327 de 2016,² la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos constituye, como mínimo, una pauta hermenéutica o de interpretación relevante dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

A pesar de que, como se explicará más adelante, el derecho internacional establece algunos estándares mínimos con respecto al análisis de la responsabilidad penal de actores económicos, al día de hoy no existe claridad conceptual sobre los diferentes niveles de la misma según el grado de participación. Aclarar esto es fundamental en un contexto de justicia transicional donde de esas diferenciaciones dependerán decisiones sobre la penalización de

1 Esta jurisprudencia ha sido usada ampliamente por cortes estadounidenses en causas civiles contra empresas y empresarios bajo el Alien Tort Statute, que establece que las Cortes de Distrito de Estados Unidos tendrán jurisdicción sobre cualquier acción civil iniciada por una persona no americana por daños que sean cometidos en violación de las normas de las naciones o de un tratado ratificado por Estados Unidos (28 U.S. Code at 1350). Véase *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659, 1665 (2013); *Aziz v. Alcolac, Inc.*, 658 F.3d 388, 400-01 (4th Cir. 2011); *Sarei v. Rio Tinto, PLC*, 671 F.3d 736, 765 (9th Cir. 2011); *Doe VIII v. Exxon Mobil*, 654 F.3d 11, 39 (D.C. Cir. 2011); *Doe I v. Nestle USA, Inc.*, 766 F.3d 1013, 1017-18 (9th Cir. 2014); *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 582 F.3d 244, 258 (2d Cir. 2009); *In re S. African Apartheid Litig.*, 617 F. Supp. 2d 228, 258 (S.D.N.Y. 2009). Para la discusión académica véase, por ejemplo, Cassel (2008, pp. 304, 308); Ramsey (2009, p. 271); Keitner (2008, pp. 61, 91-92) y Michalowski y Cardona (2015).

2 Corte Constitucional. Sentencia C-327 de 2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

estos actores, así como la priorización de casos. Hasta ahora existen pocas investigaciones que puedan ayudar con esa tarea.

Mientras que el tema de la complicidad empresarial en graves violaciones de derechos humanos es ampliamente trabajado en el mundo académico y en varios foros internacionales, estas discusiones tienden a tener lugar fuera del contexto específico de la justicia transicional (Comisión Internacional de Juristas, 2008; Thompson, Ramasastry y Taylor, 2009), y muchas veces no se concentran en la responsabilidad penal (Human Rights Council, 2007, 2008, 2011).

En el ámbito de la justicia transicional el tema tampoco ha recibido una atención detallada, ya que el debate sobre los vínculos entre la justicia transicional y la responsabilidad de actores económicos está todavía en sus inicios (Payne, 2017, p. 22; Payne y Pereira, 2016, pp. 63-84; Michalowski, 2013).³ Colombia es el primer país en el mundo que, en un acuerdo de paz negociada, decidió integrar actores económicos en el componente de justicia penal de la justicia transicional, por lo cual no existen modelos internacionales con respecto a cómo y según cuáles criterios acercarse a la implementación de este aspecto del proceso de la justicia transicional.

Aunque varias comisiones de la verdad han tocado el tema de la responsabilidad empresarial (Payne, 2017, pp. 36-45; Sandoval y Surfleet, 2013, pp. 101-102; Sánchez *et al*, 2018), a excepción de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica (Truth and Reconciliation Commission South Africa, 1998), ninguna de ellas desarrolló criterios diferenciados para evaluarla. El informe de la Comisión sudafricana ha sido muy influyente para la discusión sobre los distintos niveles de la responsabilidad empresarial en general, y el debate sobre el rol de empresas y empresarios en la justicia transicional en especial (Michalowski, 2012, pp. 451-524; Comisión Internacional de Juristas, 2008). Sin embargo, esta no llevó a cabo un análisis de responsabilidad penal según criterios

3 Michalowski (2013) afirma que el análisis de los lazos entre la responsabilidad corporativa y la justicia transicional son casi inexistentes pues, aunque muchas veces las corporaciones operan en países afectados por conflictos armados o contextos de represión, los problemas que los atañen no tienden a ser conceptualizados como parte de la justicia transicional. “Más aún, hace falta una conceptualización de los desafíos particulares que pueden surgir cuando se trate de responsabilizar a las corporaciones en el contexto transicional” (p. 2).

jurídicos anteriormente definidos, sino que proporcionó una perspectiva diferenciada de los niveles de responsabilidad como aporte a la verdad histórica respecto del rol de terceros en la época del *apartheid*. Por consiguiente, su informe parece más relevante para el trabajo de la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad (CEV) que para el de la JEP y la jurisdicción ordinaria.

En algunos países se han adelantado juicios contra empresarios respecto de graves violaciones de derechos humanos durante un conflicto armado o una situación de represión.⁴ No obstante, estos juicios no tuvieron lugar en el contexto de una paz negociada y un sistema especial de justicia transicional, sino en cortes penales ordinarias, según el derecho ordinario y aplicando las sanciones penales ordinarias. Aunque estas experiencias pueden entonces ser útiles para la jurisdicción ordinaria, también tienen relevancia para el trabajo de la JEP donde pueden servir como guía en la medida en que son ejemplos de cómo se aplicaron las normas del derecho penal para determinar la responsabilidad de terceros en violaciones masivas de los derechos humanos.

Guiados por las razones por las que incluimos en este documento una discusión de los estándares y las experiencias internacionales, en una primera parte presentaremos algunas sentencias de tribunales internacionales *ad hoc* y recordaremos algunos estándares mínimos del derecho penal internacional y el derecho internacional consuetudinario para la definición de la responsabilidad penal de estos actores. Tales pronunciamientos, además, demuestran cómo esos tribunales se acercaron a determinar la responsabilidad penal de actores económicos por su participación en crímenes internacionales.

En una segunda parte presentaremos la experiencia de algunas cortes en diferentes países con causas penales contra actores económicos por su participación en crímenes internacionales o crímenes relacionados con graves violaciones de los derechos humanos. Aunque estos casos no sean directamente vinculantes para Colombia puesto que se decidieron según el derecho nacional de otros países, permiten conocer los criterios con los que las

4 Véase la discusión en la parte II, capítulo 3, “Estándares internacionales relativos a la responsabilidad penal de actores económicos por su participación en crímenes internacionales”.

cortes en otras partes del mundo juzgaron a estos actores y sacar conclusiones para acercarse al análisis jurídico de su responsabilidad penal (van de Sandt y Moor, 2017).

Estándares internacionales relativos a la responsabilidad penal de actores económicos por su participación en crímenes internacionales

De la información sobre el rol de los actores económicos en el conflicto armado colombiano presentada en la primera parte de este texto se pueden inferir dos grandes líneas para el análisis jurídico de su responsabilidad penal. Primero, es importante definir según qué criterios establecer cuáles de las distintas formas de participación pueden resultar en responsabilidad penal, es decir cómo determinar los elementos objetivos, subjetivos y el vínculo causal necesarios de la participación según los estándares del derecho penal internacional. Por ende, el primer tema que se va a tratar gira en torno a los estándares para evaluar la responsabilidad penal de terceros por su participación en crímenes internacionales. El segundo está motivado por otro hallazgo importante del análisis empírico: la relevancia de la coacción, ya que, en muchos casos, los actores económicos argumentarán que colaboraron con los grupos armados por extorsión. Esto hace importante examinar cómo la jurisprudencia internacional ha enfrentado el tema específico de la coacción como excluyente de responsabilidad en este contexto.

Frente a los criterios para responsabilizar actores económicos se presentan los elementos objetivos y subjetivos de la participación en crímenes internacionales. Usamos el término de participación de manera amplia, incluyendo tanto la autoría de crímenes como la determinación y la complicidad. Dado que el objetivo de este estudio no es proporcionar un resumen comprensivo de los estándares internacionales al respecto, sino presentar los estándares del derecho internacional consuetudinario y cómo estos se pueden aplicar a la responsabilidad de actores económicos, no haremos un análisis exhaustivo de todos los aspectos jurídicos de cada una de las sentencias, sino que nos enfocaremos en los puntos más relevantes para nuestro estudio. Con esto en mente, seleccionamos sentencias por dos razones. Algunas, como las sentencias de los tribunales de Núremberg y del Tribunal Penal

Internacional para Ruanda (ICTR, por sus siglas en inglés), por tratar la responsabilidad de actores económicos, y la sentencia del Tribunal Especial para Sierra Leona (SCSL, por sus siglas en inglés) contra Charles Taylor por facilitar consideraciones interesantes para el análisis de la responsabilidad de actores económicos. Igualmente, nos referimos a las sentencias del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (ICTY, por sus siglas en inglés) por su influencia en el debate y la práctica con respecto a la responsabilidad de actores económicos por complicidad. En lo que concierne la coacción hay que advertir que esta solo ha sido abordada por los tribunales de Núremberg y el ICTY, por lo que los análisis sobre la jurisprudencia del ICTR y el SCSL solo se refieren a las formas de participación.

Los tribunales de Núremberg

Los procesos más relevantes contra actores económicos por su responsabilidad en crímenes internacionales cometidos durante la Segunda Guerra Mundial tuvieron lugar ante los tribunales militares británicos y estadounidenses. Según el artículo 6 del Estatuto de Núremberg,⁵ los tribunales creados conforme al Estatuto tenían la competencia para juzgar crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Ese mismo artículo estipulaba además que los líderes, organizadores, instigadores y cómplices que participaron en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer uno de estos delitos serían responsables por todos los actos llevados a cabo por cualquier otra persona en ejecución de tal plan. El Estatuto no proporciona una definición del elemento subjetivo de los delitos o las distintas formas de participación en ellos, sino solamente una descripción de los elementos objetivos.

En las sentencias en causas contra actores económicos por su responsabilidad por los crímenes nazis, los elementos de responsabilidad no siempre se definieron con mucha claridad, especialmente el elemento objetivo se determinó caso a caso. Esto se puede demostrar con el ejemplo de una causa, entre otras, contra un miembro de la junta de directores de Dresdner Bank, Karl Rasche,

5 Control Council Law 10. Recuperado de <https://www.legal-tools.org/doc/64ffdd/pdf/>.

y contra el subdirector del Banco Alemán, Emil Puhl.⁶ Una de las cargas contra ambos se refirió a la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad por haber participado en asesinatos, deportaciones, esclavitud y saqueos, entre otros.

En el caso de Rasche, las acusaciones más específicas se refirieron a importantes préstamos a fábricas en las que se usaría trabajo esclavo, y a empresas del Estado alemán que estaban fuertemente involucradas en programas de desplazamiento. Al respecto, se decidió que hacer préstamos en ese contexto y con conocimiento de los crímenes que los préstamos facilitarían no era suficiente para dar lugar a responsabilidad penal por tratarse de una transacción ordinaria de negocio. Según el Tribunal Internacional Militar de Núremberg, el director del banco que autorizó los créditos simplemente hizo negocios inmorales, pero no cometió ningún crimen.⁷

El caso de Puhl fue distinto y lo condenaron por su participación en crímenes de guerra y de lesa humanidad porque había recibido y depositado bienes robados, incluso el oro de dientes de los judíos asesinados en los campos de concentración, actos que no se pueden calificar como transacciones ordinarias de negocio.⁸ Aunque el Tribunal reconoció que probablemente estas transacciones le resultaron repugnantes, esto no negó el elemento subjetivo dado que, no obstante, participó conscientemente en ellas.

En otro caso, los industriales Flick y Steinbrinck fueron condenados por complicidad en crímenes cometidos por la Schutzstaffel (SS), calificada como organización criminal, porque hicieron donaciones a esta fuerza con conocimiento de las graves violaciones de derechos humanos cometidas por esta organización.⁹ El Tribunal hizo el siguiente comentario interesante: “Según las pruebas, ambos imputados proporcionaron un cheque en blanco a Himmler, el líder de la SS [...] No tenemos ninguna duda de

6 US Military Tribunal Nuremberg. *United States v. von Weizsaecker* (“The Ministries Case”), 14 Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law 10, pp. 609 y 621.

7 *Ibid.*, p. 622.

8 *Ibid.*, pp. 620-621.

9 US Military Tribunal Nuremberg. *United States v. Flick* (“The Flick Case”), 6 Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law 10, pp. 1217-1223.

que parte de esta plata se usó para sostener su organización criminal. Parece irrelevante si la plata fue usada para pagar sueldos o comprar gas letal".¹⁰

De estos casos se puede aprender que, en el plano objetivo, por lo menos en el caso de la financiación, para los tribunales el criterio más importante fue si esta podría clasificarse como una *transacción ordinaria de negocio*, en cuyo caso se negó la responsabilidad penal. Esto no obstante la intensidad e importancia de los aportes financieros para la comisión de los crímenes. Ahora bien, en el caso de la financiación fuera de transacciones de negocio, por ejemplo, donaciones a organizaciones nazis, se estableció el elemento objetivo de participación en forma de complicidad. No se requirió un vínculo causal entre la financiación y un crimen específico, sino que fue suficiente que esta facilitara la comisión de crímenes por la organización beneficiada.¹¹ El estándar subjetivo fue el de conocimiento de que el aporte facilitaría la comisión de crímenes graves.¹²

Fuera del caso de financiación, en el caso de la venta del pesticida Zyklon B, que se usó para matar a millones de personas en los campos de concentración, los tribunales centraron el análisis penal en el elemento subjetivo, a partir de un estándar de conocimiento. Los industriales que claramente sabían del uso que los nazis harían del gas, como Tesch y Weinbacher, fueron condenados a muerte por un Tribunal Militar Británico,¹³ mientras otros fueron absueltos en el caso Farben porque el Tribunal Militar Estadounidense no dio por probado su conocimiento del uso criminal del producto.¹⁴

¹⁰ *Ibid.*, p. 1217.

¹¹ Para una discusión véase Michalowski (2012) y Abrahams (2013).

¹² US Military Tribunal Nuremberg. *United States v. von Weizsäcker* ("The Ministries Case"), 14 Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law 10, p. 622; US Military Tribunal Nuremberg. *United States v. Krauch*, 8 Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals, pp. 1117, 1169. Para una discusión, véase Michalowski (2014, pp. 237-274).

¹³ British Military Court (1947). *Trial of Bruno Tesch and Two Others* ("The Zyklon B Case"), 1 Law Reports of Trials of War Criminals, pp. 93-103.

¹⁴ US Military Tribunal Nuremberg. *United States of America v. Carl Krauch et al.* ("I.G. Farben Case"), Trials of War Criminals Before the

Así, a pesar de la falta de definiciones claras respecto de la complicidad empresarial, se pueden aprender lecciones importantes de la experiencia de Núremberg para la responsabilidad de actores económicos en el contexto colombiano. Ya en Núremberg, a pesar de la necesidad de priorizar casos y juzgar solamente a unos pocos de los máximos responsables por crímenes sistemáticos, emblemáticos y representativos, los juicios no se limitaron a quienes cometieron crímenes de sangre sino que también se incluyeron representantes de un grupo que jugó un papel esencial en la guerra y en la comisión de crímenes de lesa humanidad sin participar de manera directa: los industriales, como por ejemplo los directores de IG Farben, Krupp¹⁵ y Flick.

Los juicios contra los industriales fueron importantes porque, aunque los tribunales solamente tuvieron competencia sobre personas físicas, proporcionaron la oportunidad de establecer de manera indirecta la responsabilidad de empresas. Esto se ilustra especialmente en el caso de la IG Farben (una empresa de suma importancia para el armamento alemán, fundamental para hacer posible que el régimen nazi lanzara la Segunda Guerra Mundial), que es visto por muchos como un juicio contra la empresa, a pesar de que los acusados eran todos individuos.¹⁶ Esto porque el tribunal se refirió muchas veces a las acciones de Farben, representada por los individuos acusados.¹⁷

Mientras tanto, el tema de la coacción surgió en varios juicios contra industriales ante el Tribunal Militar Estadounidense (Joyce, 2015, pp. 623-642), siempre en el contexto de la responsabilidad por el uso de trabajo forzado. Para dar un poco de contexto, el Gobierno nazi imponía estrictas cuotas de producción a las empresas cuyos productos eran necesarios para apoyar los esfuerzos de guerra y asignaba a detenidos de los campos de

Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law 8, p. 1169.

15 US Military Tribunal Nuremberg, judgment of 31 July 1948, in *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals*, Vol. IX ('Krupp Trial'), p. 1326.

16 Véase por ejemplo Clapham (2004, pp. 238-239) y Kaeb (2016, pp. 376-377).

17 US Military Tribunal Nuremberg. *United States of America v. Carl Krauch et al.* ("I.G. Farben Case"), *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law 8*, p. 1169.

concentración y a prisioneros de guerra a trabajar en estas empresas.¹⁸ Las sanciones para no cumplir con las cuotas y por ende impedir o atrasar el esfuerzo de guerra eran severas e incluían la pena de muerte.¹⁹

La primera sentencia relevante que se pronunció sobre la coacción en este contexto fue la del caso Flick. El Tribunal definió la coacción como una defensa en casos en los que i) un crimen fue cometido para evitar un daño grave e irreparable, ii) no hubo alternativas razonables para evitar el daño, y iii) la acción no fue desproporcional al daño temido.²⁰ Analizando si hubo coacción en este asunto específico, el fiscal del caso aceptó la probabilidad de que si Flick se hubiera negado abiertamente al uso de trabajo forzado para la producción de material para la guerra, como mínimo habría perdido sus empresas y que también existía la posibilidad de que lo hubieran internado en un campo de concentración.²¹

Así las cosas, para el Tribunal existió un peligro claro e inmediato en caso de no obedecer a las demandas estatales porque dentro del Reich alemán los agentes del estado fueron omnipresentes y estuvieron “listos a actuar instantáneamente y aplicar sanciones salvajes e inmediatas contra cualquiera quien hizo algo que puede haber sido interpretado como obstruir o impedir la implementación de regulaciones o decretos gubernamentales”.²² Parece entonces que el Tribunal aceptó un estado de coacción generalizado dado el control total ejercido por el Gobierno sobre la vida de los ciudadanos.

Sin embargo, esto no llevó al Tribunal a un reconocimiento automático de la coacción en todos los casos, sino que esta Corte más bien llevó a cabo un análisis caso por caso para evaluar quiénes de los industriales imputados actuaron por coacción. El Tribunal reconoció que hubo coacción en el caso de aquellos

18 US Military Tribunal Nuremberg. *United States v. Flick* (“The Flick Case”), 6 Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law 10, pp. 1196 y 1197.

19 *Ibid.*, p. 1197.

20 *Ibid.*, p. 1200.

21 *Ibid.*, p. 1197.

22 *Ibid.*, p. 1201.

industriales que no habían tenido control sobre el uso de trabajo forzado, sino que solamente lo aceptaron por compulsión, temiendo las consecuencias severas que habrían sido el resultado de negarse. Según el Tribunal, no tenían a su disposición alternativas razonables para actuar.²³ También influyó en esta decisión que el trato a los trabajadores y las condiciones de trabajo en las fábricas fueron vistas como relativamente humanas.

No obstante, la defensa de coacción fue rechazada con respecto a dos de los industriales, Flick y Weiss, porque ellos buscaron activamente la extensión de las cuotas y la asignación de detenidos de los campos para trabajar en las empresas y así maximizar su productividad.²⁴

Otros dos casos sobre la defensa de coacción en el contexto de la responsabilidad de industriales por el uso de trabajo forzado son los casos IG Farben y Krupp. Como se dijo, la IG Farben fue una empresa de suma importancia para el armamento alemán, fundamental para hacer posible que el régimen nazi empezara la Segunda Guerra Mundial. Como en el caso Flick, los imputados en el caso de IG Farben invocaron la coacción y el Tribunal aceptó las conclusiones del Tribunal Internacional Militar en el caso Flick relativo a las consecuencias de haberse negado a usar trabajo forzado.²⁵ Según el Tribunal, una orden de un Gobierno puede resultar en una defensa de coacción si las circunstancias fueron tales que la persona que recibió la orden fue privada de la posibilidad de elegir otra manera de actuar y no tuvo una elección moral diferente a cumplir la orden.²⁶

El Tribunal rechazó la defensa de coacción con respecto a algunos de los imputados, porque una larga discusión sobre su involucramiento activo en el reclutamiento de prisioneros de guerra y personas detenidas en campos de concentración para trabajo forzado lo llevó a la conclusión de que su participación en el programa de uso de trabajo forzado fue voluntaria.²⁷ Por el otro lado, los imputados que solamente cumplieron órdenes del

23 *Ibid.*, pp. 1198 y 1201.

24 *Ibid.*, p. 1198.

25 *Ibid.*, p. 1174.

26 *Ibid.*, pp. 1175 y 1178.

27 *Ibid.*, pp. 1186-1191.

Gobierno, pero no tomaron ninguna iniciativa propia relativa al programa, es decir no iniciaron o expandieron el uso de trabajo forzado, pudieron exitosamente invocar la defensa de coacción, a pesar del amplio uso de este recurso en sus empresas.²⁸

En el caso Krupp, también decidido por el Tribunal Militar Estadounidense de Núremberg, el propietario de otra empresa grande e importante para los objetivos del régimen nazi igualmente invocó la defensa de coacción respecto a la indagación por crímenes que involucraban a prisioneros de guerra y trabajo forzado.

El Tribunal enfatizó que la coacción requiere que la amenaza tenga tal influencia en los procesos mentales de la persona que esta se sienta compelida a actuar de una manera tal que no lo hubiera hecho sin ser amenazada.²⁹ Rechazó la defensa en el caso de Krupp porque dio por entendido que existió una coincidencia entre las demandas del régimen nazi y la voluntad de Krupp. Por ejemplo, citó una carta de la junta directiva de Krupp al Alto Mando Militar expresando su deseo de emplear prisioneros de guerra rusos en sus empresas. También influyó en la decisión el testimonio de varias personas que señalaron que Krupp no actuó por coacción, sino por un sentido de deber patriótico y el deseo de hacer todo lo posible para apoyar la guerra.³⁰

Otro aspecto interesante de la sentencia Krupp es la discusión acerca de las alternativas de actuar y de la proporcionalidad. El oficial más influyente del régimen nazi respecto de las cuotas de producción impuestas a empresas fue Albert Speer. Cuando a Speer se le preguntó por las consecuencias de negarse a cumplir con las demandas de producción contestó que el empresario habría perdido su empresa.³¹ A la luz de esto, para analizar la proporcionalidad de la acción de Krupp, el Tribunal formuló la pregunta relevante que este debería haberse planteado:

Para evitar perder mi trabajo o el control sobre mi propiedad, ¿es justificado emplear miles de civiles deportados, prisioneros de guerra y

28 *Ibid.*, p. 1192.

29 US Military Tribunal Nuremberg, judgment of 31 July 1948, in *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals*, Vol. IX ('Krupp Trial'), p. 1438.

30 *Ibid.*, p. 1442.

31 *Ibid.*, p. 1443.

detenidos de campos de concentración, reteniéndolos en un estado de servidumbre involuntaria, exponiéndolos diariamente a la muerte o graves lesiones físicas, en condiciones que en efecto resultaron en la muerte de muchos de ellos, y hacerles trabajar en condiciones de malnutrición en la producción de armamento destinado al uso contra los pueblos que les iban a liberar, y en efecto contra los pueblos de sus países de origen?³²

El Tribunal contestó la pregunta de forma negativa. En lugar de discutir si la respuesta sería distinta si el riesgo para Krupp hubiese sido su detención en un campo de concentración, el Tribunal se enfocó en la amistad personal entre Hitler y Krupp, y la importancia de la empresa para el Gobierno. De este análisis concluyó que la detención en un campo de concentración no era un peligro real en el caso concreto. Agregó que el hecho de que algo similar hubiera sido el destino de industriales de menor importancia no permite deducir que lo mismo podría haberle pasado a Krupp.³³

Aunque es muy dudoso que estos pronunciamientos tengan estatus de derecho internacional consuetudinario, plantean algunos puntos interesantes para tener en cuenta en el análisis sobre coacción en el caso de la participación de terceros en el conflicto colombiano.

1. Que no se puede hablar de coacción si el tercero cumple con las demandas no por compulsión irresistible sino porque lo demandado coincide con sus propios intereses (coincidencia de intenciones e intereses).
2. Que los tribunales parecen haber aceptado la existencia de un estado de amenaza generalizada que sin embargo no resultó en una conclusión automática de coacción. Más bien, solamente podían invocar la coacción aquellos que no excedieron las demandas del Gobierno, pero no los que activamente participaron en el programa de trabajo forzado, más allá de lo estrictamente necesario para evitar consecuencias graves.
3. La importancia de la proporcionalidad de la respuesta según una ponderación de los bienes jurídicos en juego. Las sentencias parecen reconocer la proporcionalidad de participar en trabajo forzado si la consecuencia de negarse a esto sería la

32 *Ibid.*, pp. 1443-1444.

33 *Ibid.*, p. 1444.

detención en un campo de concentración o la muerte, pero no si solamente se trataría de perder sus empresas o su trabajo. La proporcionalidad también depende del trato a los trabajadores forzados.

Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia

El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (ICTY) fue establecido por una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas,³⁴ de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, con el mandato de investigar y juzgar las personas responsables por graves infracciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991.

La jurisprudencia del ICTY es de suma importancia en el contexto de la responsabilidad de terceros ya que fue este tribunal el que desarrolló en detalle los elementos jurídicos de la participación en crímenes internacionales, especialmente en la modalidad de complicidad. El Estatuto del ICTY no tiene ningún artículo que defina el elemento objetivo de la responsabilidad, y el elemento subjetivo forma parte de la definición de algunos crímenes. Mientras que las formas de participación solamente eran esbozadas de manera más bien general.³⁵ Tampoco, y lo mismo se observa en los estatutos de los otros tribunales internacionales penales *ad hoc*, se encuentra una norma que defina excluyentes de la culpabilidad, como la coacción. Así, para delimitar los elementos de la participación y de la coacción, el ICTY llevó a cabo un análisis de otros precedentes internacionales.

La importancia de la jurisprudencia del ICTY para la discusión de la responsabilidad penal de actores económicos proviene principalmente de sus definiciones acerca del concepto de la complicidad. Según el ICTY el elemento objetivo de la complicidad es el de prestar una asistencia material que tenga un efecto sustancial en la comisión del crimen, pero no es necesario que la

34 S/RES/827 (1993), 25 de mayo de 1993.

35 Artículo 7(1). Una persona que planea, instiga, manda, comete o de otra manera es cómplice del planeamiento, la preparación o ejecución de un crimen mencionado en los artículos 2 a 5 de este Estatuto, será individualmente responsable por el crimen.

asistencia haya sido una *conditio sine qua non* de la comisión del delito. Es suficiente que la asistencia haya marcado una diferencia significativa en la comisión del crimen.³⁶

Recientemente se abrió una polémica respecto de la determinación del elemento objetivo en los casos en los cuales la asistencia tiene un doble propósito, es decir que puede servir para usos legítimos tanto como para usos ilegítimos, por ejemplo, en la venta de armas a un ejército que se pueden usar para actos legítimos de defensa o de guerra, pero también, por ejemplo, para cometer crímenes de guerra. En *Perisic*, la Cámara de Apelación del ICTY decidió que en estos casos debía existir un elemento adicional al nivel de la responsabilidad objetiva: que la asistencia fuese dada con el objetivo específico de facilitar el uso ilegítimo.³⁷ Esta decisión fue rechazada, por buenas razones, tanto por la Cámara de Apelaciones del mismo tribunal en casos posteriores,³⁸ como por la Cámara de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona.³⁹

A primera vista, en el contexto colombiano, la disputa no parece tener mucha relevancia, dado que lo que está en juego es el apoyo por parte de terceros civiles a grupos criminales o ilegales. Incluso la sentencia en *Perisic* acepta que se puede inferir del acto consciente de brindar asistencia a grupos criminales que tiene el fin de apoyar la comisión de crímenes.⁴⁰ Sin embargo, en casos en los que actores económicos habrían colaborado con las Fuerzas Armadas, seguir esta doctrina podría hacer necesario definir si la asistencia fue brindada específicamente para facilitar operaciones ilegales.

36 ICTY. *Prosecutor v. Furundzija*, Case IT-95-17/1, Trial Chamber Judgment, at para. 235 (Dec. 10, 1998); ICTY. *Prosecutor v. Tadic*, Case IT-94-1-T, Trial Chamber Judgment (“Tadic I”), at para. 688 (May 7, 1997); ICTY. *Prosecutor v. Blagojevic and Jokic*, Case IT-02-60-A, Appeal Judgement, at paras 127 and 134 (May 9, 2007).

37 ICTY. *Prosecutor v. Perisic*, Case IT-04-81-A, Trial Chamber Judgment, at para. 37 (Feb. 28, 2013).

38 ICTY. *Prosecutor v. Šainović*, Case IT-05-87-A, Appeals Judgment, para. 1649 (Jan. 23, 2014).

39 SCSL. *Prosecutor v. Taylor*, Case SCSL-03-01-A, Appeals Judgment, para. 486 (Sept. 26, 2013). Para una discusión véase Michalowski y Cardona (2015, pp. 403-464, y 430-435).

40 ICTY. *Prosecutor v. Perisic*, Case IT-04-81-A, Trial Chamber Judgment, at para. 48 (Feb. 28, 2013), at para. 48.

A nivel subjetivo, el Tribunal ha aplicado un estándar de conocimiento, es decir, de previsión de las consecuencias de la asistencia y del tipo de crimen facilitado por esta. El elemento mental necesario es el conocimiento de que el acto del cómplice asistirá al autor principal en la comisión de un crimen específico.⁴¹ Pero no hace falta que el colaborador conozca cuál es el crimen preciso que se pretendía cometer o que se cometió finalmente en la práctica. Si es consciente de que se cometerá un delito entre varios posibles y uno de esos delitos se comete de hecho, se entiende que conscientemente ha facilitado la comisión de ese delito y es culpable como cooperador no necesario.⁴²

Al respecto, la Comisión Internacional de Juristas concluye que “el representante de una empresa, que sepa que el comprador del equipo que vendió lo usará probablemente para cometer algún delito entre varios posibles, no eludirá su responsabilidad porque exista incertidumbre sobre el delito concreto que el comprador quiera cometer”.⁴³ No es necesario probar que la asistencia fuese proporcionada con la finalidad de causar las violaciones (estándar de propósito).⁴⁴

Y en cuanto a la coacción, con posterioridad a Núremberg la sentencia más influyente sobre el tema es la de la Cámara de Apelaciones del ICTY en el caso *Prosecutor v. Erdemovic*.⁴⁵ Se trató de la apelación de una condena a Erdemovic por crímenes de lesa humanidad debido a su participación en la ejecución de alrededor de 1200 civiles musulmanes desarmados después de haber aceptado él mismo su culpabilidad (*guilty plea*). Durante esta declaración Erdemovic explicó que no le había sido posible actuar

41 ICTY. *Prosecutor v. Blaskic*, Case IT-95-14-A, Appeals Judgment (July 29, 2004), para. 45.

42 ICTY. *Prosecutor v. Furundzija*, Case IT-95-17/1, Trial Chamber Judgment (Dec. 10, 1998), at para. 246; ICTY. *Prosecutor v. Blaskic*, Case IT-95-14-A, Appeals Judgment (July 29, 2004), para. 45.

43 Comisión Internacional de Juristas (2008), *op. cit.*

44 ICTY. *Prosecutor v. Furundzija*, Case IT-95-17/1, Trial Chamber Judgment, at para. 235 (Dec. 10, 1998); ICTY. *Prosecutor v. Vasiljevic*, Case IT-98-32-A, Appeals Judgment (Feb. 25, 2004), at para. 102; *Prosecutor v. Aleksovski*, Case IT-95-14/1-A (March 24, 2000), at paras 162-163; ICTY. *Prosecutor v. Perisic*, Case IT-04-81-A, Trial Chamber Judgment, at para. 48 (Feb. 28, 2013), at para. 48.

45 ICTY. *Prosecutor v. Erdemovic*, Case IT-96-22-A, Appeal Judgment (Oct. 7, 1997).

de otra manera porque, cuando rechazó la orden de disparar, sus superiores le decían que si no disparaba le matarían junto a los civiles musulmanes.⁴⁶ La cuestión relevante para la discusión de la coacción fue la siguiente: ¿puede la coacción proveer una defensa a un militar imputado por crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra si este asesinó a personas inocentes?⁴⁷

En su voto disidente, Antonio Cassese explicó los elementos del concepto de coacción (*duress*) en el derecho penal internacional de la siguiente manera: i) el crimen fue cometido como reacción a un riesgo inmediato de daño severo e irreparable para la integridad física o la vida; ii) no existía otra manera de evitar el riesgo; iii) el crimen cometido por coacción no fue desproporcionado al crimen evitado, es decir que en ponderación de los bienes en juego se trata del mal menor; y, iv) la situación de coacción no fue causada de manera voluntaria por la persona coaccionada.⁴⁸ Según Cassese, otro factor importante para tener en cuenta para establecer si alguien actuó por coacción será el elemento subjetivo con el cual esta persona cometió el crimen.⁴⁹

El punto más controvertido en Erdemovic fue el de la proporcionalidad. La mayoría del Tribunal decidió que la coacción no puede servir como defensa en casos de crímenes de lesa humanidad y parece que extienden *obiter* este razonamiento también a todo caso de asesinato. Para la mayoría, basado en su entendimiento de los precedentes internacionales, no hay proporcionalidad si alguien comete, como autor, crímenes de lesa humanidad o toma la vida de una persona inocente para salvarse a sí mismo o sus familiares de un riesgo a su vida.⁵⁰ La mayoría limitó su decisión al caso de militares quienes, por su formación y deber profesional, deberían tener la fortaleza de no sacrificar la vida de personas inocentes para salvar la suya y no queda claro si hubiera aplicado el mismo criterio a personas fuera de este grupo específico.

46 *Ibid.*, para. 4.

47 *Ibid.*, Joint opinion, para. 32.

48 *Ibid.*, dissenting opinion, Cassese, para. 16.

49 *Ibid.*, para. 46.

50 El resumen de los estándares internacionales por los jueces de la opinión mayoritaria reveló que la exclusión de la defensa de coacción es menos clara en casos de complicidad –y no de autoría– en crímenes de lesa humanidad.

Mientras tanto, jueces disidentes, quienes interpretaron de manera contraria los precedentes internacionales, declararon que el derecho internacional consuetudinario no excluye la aplicación de la coacción en casos de crímenes de guerra, de lesa humanidad o de asesinato.⁵¹ Sin embargo, en su voto disidente, Cassese también enfatizó que solamente en casos excepcionales será posible que el asesinato de una persona inocente, o un crimen de lesa humanidad puedan ser reacciones proporcionales a un riesgo, por grave que sea.⁵²

Tribunal Especial para Sierra Leona

El Tribunal Especial para Sierra Leona (SCSL) fue creado por acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de este país,⁵³ con el mandato de investigar y juzgar la máxima responsabilidad de personas por graves infracciones del derecho internacional humanitario y el derecho de Sierra Leona cometidas en su territorio desde el 30 de noviembre del 1996.⁵⁴

El caso más relevante de la SCLS es el de Charles Taylor,⁵⁵ el expresidente de Liberia, quien fue condenado por complicidad en los crímenes de los grupos armados Revolutionary United Front (RUF) y el Armed Forces Revolutionary Council (AFRC) que actuaban en Sierra Leona por haberles suministrado armas regularmente durante un periodo prolongado. En este caso, la Corte destacó la necesidad de un análisis caso por caso para determinar si la participación de una persona en crímenes tuvo un efecto lo suficientemente sustancial para justificar su penalización como acto de complicidad. Esto dependió de una evaluación de todo el

51 ICTY. *Prosecutor v. Erdemovic*, Case IT-96-22-A, Appeal Judgment (Oct. 7, 1997). Dissenting opinion, Stephens, para. 64-65.

52 *Ibid.*, dissenting opinion, Cassese, para. 43.

53 Según la Resolución 1315 (2000) del 14 de agosto del 2000 del Consejo de Seguridad.

54 Al igual que el Estatuto del ICTY, el Estatuto de la SCSL no define el elemento subjetivo de la responsabilidad penal, aunque algunas de las definiciones de los crímenes específicos mencionan dicho elemento. La definición de la responsabilidad penal individual en el artículo 6(1) repite casi *verbatim* el texto del artículo 7(1) del Estatuto del ICTY.

55 SCSL. *Prosecutor v. Taylor*, Case SCSL-03-01-A, Appeals Judgment (Sept. 26, 2013).

contexto en el cual se brindó asistencia a los perpetradores principales de los crímenes.⁵⁶

Según la Corte, el mero hecho de proveer los medios con los que otros cometen crímenes, o de dar apoyo financiero o logístico a una organización criminal, no es suficiente para merecer responsabilidad penal por complicidad en crímenes internacionales. Sin embargo, esto cambia si no se trata de hechos aislados cometidos por la organización criminal, sino más bien de crímenes sistemáticos.⁵⁷ En estos casos, si los grupos recibieron asistencia de varias fuentes y personas, cada una de ellas puede incurrir en responsabilidad como cómplice, siempre que sea posible demostrar, a la luz de todo el apoyo recibido por el autor del crimen, que la asistencia brindada por el cómplice tuvo un efecto sustancial en la comisión de los crímenes.⁵⁸ Respecto del tipo de actuación que puede resultar en complicidad penal en un crimen internacional la Corte mencionó, a manera de ejemplo, el suministro de armas, munición, vehículos y combustible, así como el apoyo financiero.⁵⁹

En consecuencia, en el caso de Charles Taylor, a pesar de que él se encontraba físicamente lejos de los crímenes cometidos, la Corte lo sentenció por complicidad, dada la naturaleza extensiva, sostenida y vital de su asistencia, y su impacto crucial en la comisión de los crímenes.⁶⁰

Respecto del dolo, la Corte destacó que Taylor tenía conocimiento del tipo de crímenes cometidos por los grupos armados rebeldes y de los elementos esenciales de estos crímenes.⁶¹

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Otro antecedente potencialmente importante para el caso colombiano proviene de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR). Como el ICTY, el ICTR fue establecido por una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones

56 *Ibid.*, paras. 390-92, 480.

57 *Ibid.*, para. 391.

58 *Ibid.*

59 *Ibid.*, para. 369.

60 *Ibid.*, para. 520.

61 *Ibid.*, para. 540.

Unidas⁶² de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Tuvo el mandato de investigar y juzgar a todas las personas responsables por las graves infracciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables por tales violaciones cometidas en países limítrofes entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994.

El ICTR aplicó a lo largo de su ejercicio los mismos estándares de responsabilidad que el ICTY. Aclaró, por ejemplo, con respecto al concepto de la complicidad, que el suministro de vehículos y gasolina para transportar a paramilitares hutu al lugar donde cometieron una masacre contra más de mil tutsis constituyó asistencia sustancial a la comisión del crimen de genocidio.⁶³

Otro caso relevante es el de Karera, quien instigó la detención de Gakuru, un tutsi, por paramilitares, enfatizando que Gakuru era un *inyenzi* (cucaracha, la palabra despectiva que los hutus usaron para los tutsis). Para la Cámara de Apelaciones esto fue un aporte sustancial al asesinato de Gakuru por los paramilitares. Dedujo del contexto que Karera debía haber sabido que su acto resultaría en el asesinato, por lo cual también actuó con el dolo necesario para una condena por complicidad.⁶⁴

Mientras la figura de control de mando normalmente se aplica en un contexto militar, en el caso de los medios en Ruanda, la Corte expandió esta figura a casos de responsabilidad por omisión por los miembros de la junta directiva de una estación de radio, por no ejercer su autoridad para prevenir la difusión de mensajes que llamaban al genocidio de los tutsi, aunque estaban conscientes de las transmisiones y su contenido.⁶⁵

62 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Asamblea General. Resolución 955/94, "Establecimiento de un Tribunal Internacional y aprobación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional", S/RES/955 (8 de noviembre de 1994). Recuperado de [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/955%20\(1994\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/955%20(1994)).

63 ICTR. *Prosecutor v. Bagaragaza*, Case ICTR-05-86-S, Sentencing Judgment (Nov. 17. 2009), para. 25.

64 ICTR. *Prosecutor v. Karera*, Case ICTR-01-74-A, Sentencing Judgment (Feb. 2. 2009), para. 322.

65 ICTR. *Prosecutor v. Nahimana et al.* Case ICTR-99-52, Sentencing Judgment (Dec, 3rd, 2003), para. 972 y 973.

En el caso Musema, la figura del control de mando se aplicó al director de una empresa pública, Gisovu Tea Factory (bajo la organización paraestatal OCIR-thé).⁶⁶ Entre abril y junio de 1994 Musema dirigió y participó en varios ataques llevados a cabo en campamentos donde se encontraban refugiados miembros de la etnia tutsi. El 13 y 14 de mayo de 1994, se perpetró un ataque a gran escala en la localidad de Muyira Hill en contra de 40.000 refugiados tutsi. Los perpetradores de dicho ataque, entre los que se encontraba Musema, se movilizaron al lugar con vehículos propiedad de Gisovu. El grupo estaba compuesto por aproximadamente 15.000 personas, trabajadores de la compañía vestidos con el uniforme de la misma, gendarmes, soldados y civiles. Miles de tutsis murieron durante el ataque.⁶⁷

Adicional a su responsabilidad directa por los crímenes en los cuales participó, Musema incurrió en responsabilidad criminal por actos de genocidio llevados a cabo por sus subordinados, dado que Musema tenía conocimiento de lo que ocurría.⁶⁸ En vista de la autoridad de facto y de jure que Musema ejercía sobre los empleados de la fábrica Gisovu, en donde existía una relación entre superior y subordinado, el Tribunal determinó que Musema falló al no ejercer su autoridad para tomar las medidas necesarias con el objetivo de prevenir o castigar el uso de vehículos, uniformes y otros utensilios propiedad de la compañía en la comisión de los ataques a miembros de la etnia tutsi.⁶⁹ Por consiguiente, Musema incurrió en responsabilidad criminal individual por crímenes de lesa humanidad (exterminio).⁷⁰

Ahora bien, en cuanto al crimen de lesa humanidad relativo a la violencia sexual, Musema no fue encontrado responsable por los actos de violación cometidos por sus subordinados, ya que no se logró comprobar que Musema tenía conocimiento, o, en su defecto, tenía formas de saber que estos actos se estaban llevando a cabo y, por tanto, no tenía la obligación de tomar las medidas

66 ICTR. *Prosecutor v. Alfred Musema*. Amended Indictment, Case ICTR-96-13 (Apr. 29. 1999).

67 *Ibid.*, para. 748.

68 *Ibid.*, paras. 892-926.

69 *Ibid.*, para. 950.

70 *Ibid.*, para. 951.

necesarias para prevenir o castigar a los perpetradores que estaban bajo su cargo.⁷¹ Así, se puede ver que la responsabilidad por omisión depende de si al acusado le fue posible prevenir la comisión de los crímenes.

Estatuto de Roma

El Estatuto de Roma define el elemento subjetivo de complicidad de la siguiente manera:

Artículo 25(3) [...] será penalmente responsable [...] quien: c) *con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen*, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

Existe una controversia sobre cómo interpretar esta disposición y sobre si el artículo 25(3) (c) del Estatuto de Roma requiere entonces que el cómplice haya actuado con el propósito de facilitar la comisión del crimen o con propósito respecto del resultado de este, es decir con el propósito de que se cometa la violación de los derechos de las víctimas.⁷² La Corte Penal Internacional (CPI) todavía no se ha pronunciado sobre este aspecto, pero hay muchas voces que sostienen que el propósito de facilitar el crimen se puede deducir del acto de asistencia con conocimiento de que este actuar facilitaría la comisión de un crimen, sin que sea necesario que esta sea el motivo principal de la asistencia, o que el resultado del crimen sea deseado por el cómplice.⁷³

La Comisión Internacional de Juristas explica al respecto que:

71 *Ibid.*, para. 968.

72 Véase al respecto Eser (2002a, pp. 767, 801; 2002b, pp. 889, 900-902) y Ambos (2008, pp. 743, 760).

73 Véase, por ejemplo, Piragoff y Robinson (2008, pp. 849, 855) o Scheffer y Kaeb (2011, pp. 334, 352-353), o para un resumen de la discusión, Michalowski (2014, pp. 237-274).

En ausencia de jurisprudencia de la CPI, todavía está pendiente de determinarse si este criterio subjetivo del propósito, más exigente desde el punto de vista conceptual, tendrá algún efecto práctico, a la luz de la forma en que se evalúa por los tribunales el estado mental del cooperador no necesario. Como se discutió, esta evaluación se lleva a cabo a partir de todas las circunstancias relevantes, entre las cuales estarían las pruebas directas e indirectas o circunstanciales. Por lo tanto, en términos prácticos, si se establece que el empleado de una empresa tenía conocimiento de que una acción facilitaría la comisión de un delito, y sin embargo actuó como lo hizo, entonces se podría suponer la existencia del propósito de facilitar el crimen. El hecho de que el directivo de una empresa ayude conscientemente a cometer un delito con el fin de obtener un beneficio para la empresa no afecta en nada al hecho de que prestó esa ayuda. De hecho, se podría interpretar que proporciona “a propósito” un incentivo para facilitar el crimen. Conforme a ello, aunque pueda parecer que existe una diferencia evidente en los criterios para determinar la culpabilidad necesaria, puede que la diferencia práctica sea muy pequeña (Comisión Internacional de Juristas, 2008).

Según el artículo 31(1)(d) del Estatuto de Roma, se entiende como una circunstancia eximente de responsabilidad penal:

...no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta [...] [lo hiciere] como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá: i) Haber sido hecha por otras personas; o ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.

Conclusiones

Como enfatizó la fiscal de la CPI en su *amicus curiae* ante la Corte Constitucional de Colombia sobre la JEP, los principios de la jurisprudencia de los tribunales internacionales *ad hoc* reflejan el derecho internacional consuetudinario sobre la responsabilidad por complicidad.⁷⁴

74 En dicho documento se resumió el derecho internacional consuetudinario al respecto de la siguiente manera: “basta con que una persona brinde asistencia práctica, aliento o apoyo moral que tenga un efecto sustancial en la perpetración de los crímenes. En particular, la contribución del cómplice no necesita ser una *conditio sine qua non*,

Esta aclaración es de suma importancia, porque demuestra que, para evaluar la participación de actores económicos en los crímenes cometidos en relación con el conflicto armado, ni la JEP ni la jurisdicción ordinaria pueden excluir los casos que según el derecho penal internacional y el derecho internacional consuetudinario son calificados como de complicidad, incluso de forma indirecta. No sería compatible con el derecho internacional una definición restrictiva que requiera un vínculo causal en forma de *conditio sine qua non* entre el acto de participación y crímenes específicos para que exista competencia punitiva.

La jurisprudencia internacional aquí presentada demuestra como estándar mínimo la necesidad de un análisis caso por caso para determinar si hubo o no participación por parte del tercero en crímenes internacionales. Esto significa que no se pueden excluir, *a priori*, ciertas conductas, como la financiación de los grupos armados, del alcance del concepto de la participación que equivale a un crimen, sino que se debe realizar un análisis en cada caso para determinar si hubo o no participación según el derecho penal internacional.

Importante para el caso colombiano es que el estándar objetivo de la participación por complicidad en el derecho penal internacional no requiere un vínculo causal en forma de *conditio sine qua non* entre la asistencia y el crimen, sino más bien una asistencia material que haya tenido un efecto sustancial en la comisión de las violaciones. El efecto sustancial de la asistencia se puede inferir, por ejemplo, del volumen de la misma, especialmente en casos de financiación y de abastecimiento de bienes y servicios importantes para la comisión de crímenes, como armas, infraestructura, etc. Un estándar parecido se aplicó en el contexto de la participación de industriales en los crímenes nazis, salvo en casos de transacciones ordinarias de negocio.

Respecto del elemento subjetivo de la complicidad, el estándar aplicado por los tribunales internacionales *ad hoc* es el de conocimiento, pero no necesariamente de un crimen individualizado, sino de un tipo de crímenes que la asistencia facilitaría. Esto específicamente en el contexto de crímenes sistemáticos en el

ni necesita estar *dirigida específicamente* a la comisión de los crímenes” (CPI, 2017, p. 19).

cual, como lo demuestra el caso Taylor, no es necesario que la asistencia fuera proporcionada para la comisión de un crimen específico o con conocimiento de que facilitaría un crimen específico.

Según la fiscal de la CPI, el estándar subjetivo de la complicidad en el derecho internacional consuetudinario es de conocimiento, no de propósito (Bensouda, 2017).

Los casos del ICTR demuestran además que terceros civiles pueden incurrir en responsabilidad por no prevenir crímenes si están en una posición de control, responsabilidad que parece resultar de una omisión y no de una acción. Por ende, es fundamental no dar a los conceptos de participación por terceros una interpretación que excluya este tipo de responsabilidad *a priori*, ya que la responsabilidad por omisión puede ser tan grave como la responsabilidad por comisión e, igualmente, resultar en responsabilidad del más alto nivel (Bensouda, 2017).

En el plano internacional, el estándar es de participación por autoría o complicidad, no de participación determinante, un concepto que, como lo explicaremos más adelante, sí se usa en el contexto de la normativa de la JEP. A nivel internacional, la responsabilidad por complicidad no incluye casos de asistencia de menor relevancia porque, primero, se requiere una asistencia sustancial en la comisión de un crimen o crímenes, y segundo, porque se trata de asistencia fundamental en la comisión de crímenes internacionales y, por tanto, de crímenes de la más alta gravedad.

Para resumir, los estándares mínimos impuestos por el derecho internacional consuetudinario para la investigación de la participación de actores económicos son los siguientes:

1. Se debe llevar a cabo un análisis caso por caso para evaluar si hubo o no participación por parte de actores económicos en crímenes internacionales.
2. La complicidad en la comisión de crímenes internacionales es una forma punible de participación.
3. El enfoque del análisis del elemento objetivo de la participación debe ser en el impacto de la participación en la comisión de crímenes internacionales: se requiere una asistencia material que tenga un efecto sustancial en la comisión de un crimen o de crímenes internacionales.
4. No es necesario que la participación facilite un crimen o crímenes específicos. Es suficiente que se pueda demostrar que

tuvo un efecto fundamental en habilitar grupos criminales en la comisión de crímenes.

5. No se requiere una causalidad *sine qua non* entre la asistencia y la comisión del crimen.
6. La participación en un crimen internacional se puede dar por acción o por omisión.
7. No hace falta que la participación tuviera la finalidad de asistir en la comisión de crímenes. Para el elemento subjetivo el estándar es el de conocimiento, pero no necesariamente de un crimen individualizado, sino de un tipo de crímenes que la asistencia facilitaría.

En cuanto a la coacción, como se pudo evidenciar, existen pocas sentencias relevantes, todas emitidas por los tribunales de Núremberg o el ICTY. En síntesis, de estos se puede concluir que mientras el derecho penal internacional claramente reconoce la coacción como defensa o eximente, y que la proporcionalidad de la reacción a la amenaza es un punto esencial para encontrar que hubo coacción en casos concretos, hay desacuerdo respecto de las consideraciones en las cuales debería orientarse la ponderación de los bienes jurídicos. Lo que sí parece claro es que en casos de crímenes de lesa humanidad el análisis de proporcionalidad requiere suma atención y que solamente en casos excepcionales se puede justificar una participación en tales crímenes como reacción a un riesgo o una amenaza. Según la sentencia en el caso Erdemovic, la coacción no se puede invocar en la gran mayoría de los casos en los cuales existe un riesgo inmediato para la vida, mientras que las sentencias de Núremberg parecen haber aceptado la proporcionalidad en tales situaciones.⁷⁵

Importantes para el caso colombiano son las lecciones del caso Krupp con respecto a la proporcionalidad de la reacción, especialmente la idea de que los intereses económicos del empresario en proteger su propiedad y sus bienes no justifican la participación en graves crímenes. Más adelante, volveremos al tema de las lecciones para el caso colombiano en más detalle.

75 Para discusiones críticas de la sentencia véase Chiesa (2008, p. 741), Greenwalt (2008), Perrin (2008, p. 367) y Weigend (2012, p. 1219).

Jurisdicciones nacionales

Aunque las experiencias de otros países en causas penales contra actores económicos por su participación en crímenes de guerra o de lesa humanidad no son vinculantes para Colombia, un breve recuento de algunas experiencias de juicios penales contra terceros en otros países puede ser interesante para informar la discusión jurídica sobre cómo conceptualizar su participación en los crímenes cometidos en el contexto del conflicto colombiano. Los casos examinados no serán presentados de manera exhaustiva, sino que nos enfocaremos en los puntos más relevantes para informar el proceso colombiano.

Parece significativo aclarar por qué no se incluyó la experiencia estadounidense en las causas contra actores económicos bajo el Alien Torts Statute (ATS).⁷⁶ Aunque se litigaron varias causas importantes contra actores económicos por su participación en graves violaciones de los derechos humanos en aplicación de esta legislación, la gran mayoría de las cortes basa los criterios de responsabilidad en el derecho penal consuetudinario, y algunas sentencias han dado un ímpetu importante a la discusión de estos estándares al nivel internacional, varios factores afectan la utilidad de esta jurisprudencia en el contexto de este apartado.

Primero, se trata de causas civiles, no penales. Además, casi no existen sentencias finales contra actores económicos, sino que la gran mayoría de sentencias proporcionan una discusión de los estándares internacionales en el contexto de decisiones procesales. Más importante aún, la interpretación de los estándares internacionales es altamente disputada en cortes de apelación en distintos distritos de los Estados Unidos, interpretándolos de maneras fundamentalmente diferentes. Mientras que un análisis de estas sentencias puede ser interesante para arrojar luz sobre algunos de los desafíos de responsabilizar a actores económicos por su participación en graves violaciones de los derechos humanos, para los fines de este documento un enfoque en causas penales parece más fructífero.

76 Que establece que las Cortes de Distrito de Estados Unidos tendrán jurisdicción sobre cualquier acción civil iniciada por una persona no americana por daños que sean cometidos en violación de las normas de las naciones o de un tratado ratificado por los Estados Unidos (28 U.S. Code at 1350).

Holanda

Un caso que demuestra que el conocimiento del uso de los bienes suministrados basta para establecer una responsabilidad penal es el de Frans van Anraat,⁷⁷ un empresario de nacionalidad holandesa que proveyó a Saddam Hussein con sustancias químicas que fueron usadas contra los kurdos en Iraq. Una corte de apelaciones de los Países Bajos sentenció que van Anraat no actuó con la intención específica de asistir un genocidio y por tanto lo absolvió de la complicidad en este crimen. Sin embargo, la corte determinó que van Anraat suministró el gas con el conocimiento de que se usaría para cometer crímenes de guerra y lo condenó a una pena de prisión de 17 años por complicidad en estos crímenes.⁷⁸ Aunque este fallo se dio fuera del contexto de la justicia transicional, demostró que el suministro de bienes con conocimiento de su uso para cometer crímenes de guerra configura un acto de complicidad.

Un fallo reciente que retoma esta argumentación jurídica es el del empresario Guus Kouwenhoven que fue condenado por la corte de apelaciones de 's-Hertogenbosch en los Países Bajos a 19 años de cárcel por tráfico ilícito de armas y por complicidad en crímenes de guerra durante el conflicto armado en Liberia entre 1999 y 2003.⁷⁹ El sentenciado mantenía relaciones estrechas con el exdictador liberiano Charles Taylor a cuyo régimen vendió las armas (Terra Colombia, 2017). Los jueces agregaron que el fallo sirvió como ejemplo para alertar a todos aquellos que hacen negocios con gobiernos en el marco de un conflicto armado de que pueden ser involucrados en graves crímenes de guerra.⁸⁰

77 Court of Appeal in The Hague, *Appeal Judgment in the case of Frans Van Anraat* (May. 9. 2007), paras. 807-809. Recuperado de <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=8452>.

78 Marten Zwanenburg & Guido den Dekker, *Prosecutor v. Frans van Anraat*, 104 Am. J. Int'l L. 86 (2010).

79 Corte de Apelaciones 's-Hertogenbosch - Gerechtshof 's-Hertogenbosch (Países Bajos), Fallo del 21 de abril del 2017 contra *Guus Kouwenhoven*, 20-001906-10. Recuperado de <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GSHE:2017:1760>

80 Corte de Apelaciones 's-Hertogenbosch - Gerechtshof 's-Hertogenbosch (Países Bajos), Fallo del 21 de abril del 2017 contra *Guus Kouwenhoven*, 20-001906-10, sección Q, último párrafo. Recuperado de <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GSHE:2017:1760>.

Argentina

A fines de marzo del 2016, se dictó la primera sentencia condenatoria de un empresario en Argentina en el caso de Veloz del Norte.⁸¹ Marcos Jacobo Levín, el propietario de la empresa La Veloz del Norte –una compañía de transporte automotor de pasajeros– fue condenado, junto a varios expolicías, a 12 años de prisión por participar en los delitos de privación ilegítima de la libertad agravada e imposición de tormentos agravados –por ser la víctima un perseguido político– cometidos en perjuicio de Víctor Manuel Cobos, delegado sindical en La Veloz del Norte.

El Tribunal dio por probado que, a petición de Levín, Cobos fue detenido y torturado debido a su posición en el sindicato.⁸² Consideró que no se trató de delitos comunes sino de delitos de lesa humanidad por el contexto en el cual se cometían: se habían producido “en el marco de la represión ilegítima que llevaron a cabo las fuerzas armadas durante la dictadura militar de ese momento, represión que se enmarcaba en directivas y planes que establecían específicamente como oponentes o enemigos del marco institucional y del gobierno a quienes desempeñaban actividades sindicales”.⁸³

Según el Tribunal:

Levín coordinó con Bocos [policía y también condenado en la causa] el desarrollo de la secuencia de detenciones y torturas de sus empleados, le aportó la lista de las personas a detener y día y lugar en que debían ser detenidos. [...] Además, Levín concurrió frecuentemente a la comisaría a supervisar la realización de lo ordenado, decidió a quiénes se debía torturar y a quiénes no, ejerciendo una especie de poder de veto que impedía a la policía torturar a un determinado empleado si él así lo manifestaba.⁸⁴

Constató el Tribunal una división funcional de tareas entre los imputados [Levín y tres policías], ya que “cada uno [...] tuvo

81 Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la Capital Provincial de Salta (Argentina), Fallo contra Marcos Jacobo Levin, Víctor Hugo Bocos, Víctor Almirón y Víctor Cardoz (pp. 233 y siguientes) del 28 de marzo de 2016.

82 *Ibid.*, p. 181.

83 *Ibid.*, p. 6.

84 *Ibid.*, p. 182.

en sus manos el dominio del hecho a través de una parte que le correspondía en la división del trabajo y era consecuencia de una decisión conjunta mediante la que se vinculan funcionalmente los distintos aportes al hecho”.⁸⁵ Por consiguiente,

...según el Tribunal, actuaron como coautores. Analizando los aportes de Levín, se declaró que: No solo cooperó prestando cosas o facilitando medios, sino que tenía el poder de dirección sobre los acontecimientos. El procedimiento contra Cobos fue dirigido por Levín, ya que lo detuvieron en su trabajo, sabían a qué hora llegaba y lo detuvieron al llegar. Levín aportó los datos de cuándo y dónde detenerlo, quedando expuesto que la policía actuó bajo sus directivas sin dejar una sola constancia del procedimiento configurándose así una detención ilegal y una privación ilegítima de la libertad.⁸⁶

Sin embargo, no condenaron a Levín como coautor, dado que se cometieron “delitos especiales propios [que] no admiten la autoría en quienes no tienen la calidad especial establecida en el tipo (en nuestro caso, funcionario público)”.⁸⁷ Más bien, fue condenado como partícipe necesario, “ya que sin su participación los hechos no hubieran podido darse de la forma en que se dieron, habiendo realizado aportes esenciales”.⁸⁸

En la graduación de la pena, el Tribunal definió la culpabilidad del actuar de Levín en relación con su destacada función social como empresario que le permitía acceder a los sectores del poder del Estado y valerse de la infraestructura policial estatal.⁸⁹

En octubre del 2017, las condenas contra Levín y los policías fueron anuladas porque la Cámara Federal de Casación Penal consideró que los delitos no fueron cometidos en el contexto de represión sistemática de los opositores políticos y los trabajadores organizados. Para la Cámara, la detención de Cobos respondió más bien a una denuncia de Levín por haber robado en la empresa (algo que el Tribunal había analizado y rechazado), por lo cual calificó el asunto como una pelea entre privados que nada tenía que ver con el contexto político ya prescrito, y no como delitos de

⁸⁵ *Ibid.*, p. 203.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 206.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 198.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 193.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 308.

lesa humanidad.⁹⁰ La Sala tampoco aceptó que tuviera relevancia el hecho de que Cobos había sido representante gremial y descartó que de esto se pudiera deducir que Cobos hubiera sido un perseguido político.⁹¹

Chile

Recientemente, en noviembre del 2017, se profirió en Chile una sentencia contra un tercero civil y empresario por su participación en crímenes cometidos durante la dictadura militar de Pinochet.⁹² El 17 de septiembre de 1973, varios miembros del asentamiento Paula Jaraquemada de Paine se presentaron en la Subcomisaría de Carabineros de la misma comuna, fueron detenidos, interrogados, golpeados y después trasladados hacia el sector de Colipumo. La Corte describió la participación de Francisco Luzoro Montenegro, expresidente del Sindicato de Dueños de Camiones de Paine, de la siguiente manera:

...el acusado formó parte de los civiles que integraron la comitiva e intervino tomando parte en la ejecución del hecho al haber escoltado a las víctimas hasta un lugar apartado portando un arma de fuego y luego lanzado al cauce el cuerpo de uno de ellas, para que los ejecutores directos pudieran perpetrar el delito con seguridad.

Lo condenaron por participación en forma de autoría de homicidios por

...haber tomado parte en su ejecución impidiendo o procurando impedir que se evitara, circunstancia que excluye la aplicación de la norma del artículo 16 del Código Penal [complicidad], pues esta no considera aquellos que toman parte en la ejecución del hecho en alguna de las formas descritas en el artículo 15⁹³ [según el cual] se consideran autores: 1. Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa; sea impidiendo o procurando impedir que se evite.

90 Cámara Federal de Casación Penal (2011). "Almirón, Víctor Hugo y otros s/recurso de casación", Sala III Causa FSA 14000695/2011/TO1/CFCL, pp. 23, 31 y, 32

91 *Ibid.*, p. 24.

92 Corte Suprema, episodio Paine, Rol: 1568-2017, 16 de noviembre de 2017.

93 *Ibid.*, p. 7.

Cabe resaltar que una dimensión importante de la conducta de terceros civiles es que muchas veces no son crímenes cometidos por perpetradores individuales, sino por un conjunto de personas. Una serie de fallos recientes en torno a la Colonia Dignidad (un asentamiento fundado por un exmilitar nazi que sirvió como centro de detención, asesinatos, tortura y otros crímenes) en Chile merecen mención en este contexto ya que apuntan al involucramiento de un grupo de civiles en la persecución de personas por razón de sus ideas políticas en la dictadura militar de Augusto Pinochet en Chile a partir de 1973.

El 29 de diciembre del 2016, la Segunda Sala de la Corte Suprema de Chile condenó a cinco años y un día de cárcel a tres ciudadanos alemanes (Kurt Schnellenkamp, Gerhard Mucke, Karl van den Berg) y a dos miembros en retiro del Ejército chileno (Fernando Gómez y Pedro Espinoza) por asociación ilícita con la ex-Colonia Dignidad en la década de 1970.⁹⁴

La Corte ratificó el razonamiento del juez de primera instancia según el cual en la Colonia Dignidad se organizó una estructura jerarquizada que planificó y ejecutó múltiples delitos (entre ellos violencia sexual contra niñas y niños). El juez había constatado que los “miembros de la organización de la ex-Colonia Dignidad se armaron, adecuándose mediante un preciso protocolo a acciones de colaboración” con los organismos de seguridad del régimen militar del dictador Augusto Pinochet.⁹⁵ El juez dio por probada la colaboración de los miembros de la Colonia y principalmente de su jefe, Paul Schäfer, en las desapariciones forzadas de perseguidos políticos conducidas por el régimen militar.⁹⁶

El tribunal de primera instancia concluyó que miembros de la Colonia Dignidad, en estrecha colaboración con agentes de Estado de la entonces Dirección Nacional de Inteligencia (DINA), cometieron delitos de lesa humanidad en contra de determinadas

94 Segunda Sala de la Corte Suprema (Chile), Rol 14312-2016, Casación Fondo y Forma del 29 de diciembre del 2016.

95 Trigésimo Cuarto Juzgado del Crimen de Santiago de Chile, autos Rol 2182-1998, caratulados Episodio Asociación Ilícita ex-Colonia Dignidad, Sentencia de Primera Instancia del 9 de abril del 2014, Hechos establecidos, C.

96 *Ibid.*

personas por razones de índole política o ideológica.⁹⁷ De este ejemplo se desprende que, al comprobar la existencia de vínculos estrechos entre agentes del Estado y un grupo de civiles, se puede establecer la responsabilidad penal mediante la figura de la asociación ilícita.

Alemania

En Alemania se profirieron sentencias con fundamento en el derecho alemán contra personas que trabajaban en los campos de concentración y de exterminio. En esos pronunciamientos se hizo abundante referencia al contexto sistemático y masivo de la comisión de los crímenes contra los judíos y otros grupos. Si bien los casos que se presentan a continuación no encajan en el grupo de actores económicos, sí pueden ser relevantes en términos de los estándares para ser aplicados.

En la jurisprudencia reiterada hasta el año 2011, la Corte Federal de Justicia sostenía, en desarrollo de un fallo del año 1969, que no todas las personas que trabajaban en el campo de exterminio de Auschwitz eran responsables de complicidad por los crímenes cometidos contra los internos que se encontraban en los campos de concentración.⁹⁸ La Corte exigía la prueba de un crimen principal *concreto* y un acto de complicidad que facilitara directamente este crimen.⁹⁹ Los actos subordinados, aunque indispensables para el funcionamiento de la máquina de exterminio, no se consideraban como suficientes para una condena penal.

Esta posición cambió radicalmente con el fallo histórico contra John Demjanjuk en 2011.¹⁰⁰ En este caso, la Corte Regional de Munich condenó al miembro de la SS John Demjanjuk a cinco años de prisión por su complicidad en el asesinato de 200.000 personas en el campo de concentración de Sobibor. En su rol de guardia, Demjanjuk tenía la tarea de hacer imposible la fuga

97 Trigésimo Cuarto Juzgado del Crimen de Santiago de Chile, autos Rol 2182-1998, caratulados Episodio Asociación Ilícita ex-Colonia Dignidad, Sentencia de Primera Instancia del 9 de abril del 2014, Considerando 4° A.

98 Corte Federal de Justicia – BGH (Alemania). Sentencia de 20 de febrero del 1969, NJW 1969, 2056, p. 2056 y ss.

99 *Ibid.*

100 Corte Regional de Munich – Landgericht München II (Alemania). Sentencia del 12 de mayo del 2011 - 1 KS 115 JS 12496/08.

de los detenidos, tanto por brindar vigilancia desde las torres del campo como por su presencia cuando llegaban nuevos detenidos. La Corte dejó claro que un nexo causal entre el acto de complicidad y el crimen principal no es necesario.¹⁰¹ El solo hecho de contribuir al objetivo de la exterminación de los judíos mediante el trabajo como guardia en la máquina de exterminio de Sobibor constituyó un crimen de complicidad.¹⁰²

En el caso de Oscar Gröning,¹⁰³ la Corte Federal de Justicia ratificó la condena a un miembro de la SS por complicidad en la comisión de homicidios en detrimento de judíos en los campos de concentración por el “solo” hecho de trabajar en estos campos. En este caso, el condenado cumplía la función de contar el dinero, el equipaje y las demás pertenencias de quienes llegaban como deportados a Auschwitz, con lo que Gröning habría contribuido a la financiación del Tercer Reich.

La Corte reiteró su jurisprudencia sentada, según la cual, para crear prueba de actos de complicidad no se necesita comprobar un nexo causal entre el acto del cómplice y la comisión del crimen principal en su forma concreta, sino que es suficiente la facilitación objetiva del crimen principal.¹⁰⁴ Al aplicar esta jurisprudencia al contexto de graves crímenes contra los judíos europeos en el nacionalsocialismo, la Corte insistió en tomar en consideración las diferentes funciones de los actores en los campos de concentración que fueron indispensables para el funcionamiento de los mismos, ya que muchos actores políticos, administrativos y militares colaboraron en la comisión de los asesinatos sin haber cometido el acto de asesinato *in concreto*.¹⁰⁵ En relación con los actos de Gröning, la Corte llegó a la conclusión de que hizo parte del escenario represor del campo de exterminio,¹⁰⁶ un hecho que facilitó la exterminación de los judíos como política oficial del nacionalismo y, como tal, merecía una condena penal.

101 *Ibid.*, párr. 1202.

102 *Ibid.*, párr. 1203.

103 Corte Federal de Justicia – BGH (Alemania). Decisión del 20 de septiembre del 2016 - 3 StR 49/16.

104 *Ibid.*, párr. 17.

105 *Ibid.*, párr. 18.

106 *Ibid.*, párr. 11.

Francia

Un importante caso que busca establecer la responsabilidad por financiación de terrorismo y considera la importancia del financiamiento es el caso de la cementera Lafarge-Holcim en Francia. La cementera franco-suiza Lafarge-Holcim está acusada de haber hecho aportes económicos al grupo terrorista Estado Islámico entre 2013 y 2014 para que su fábrica de Jalabiya, en el norte de Siria, pudiera seguir operando en plena guerra. La financiación se llevaba a cabo mediante el pago de “impuestos” o vacunas para que los yihadistas dejaran pasar a trabajadores y camiones hasta la fábrica. En total, habrían pagado vía aportes mensuales unos 5,56 millones de dólares a varios grupos armados, incluso más de 500.000 dólares al Estado Islámico (Le Monde, 2017). También se investiga si Lafarge-Holcim compró petróleo al Estado Islámico.

En diciembre del 2017 la Fiscalía abrió una investigación formal (*mise en examen*) contra varios directivos de la empresa por financiación del terrorismo y por poner en peligro la vida de sus empleados sirios al no haberles brindado ningún tipo de protección cuando los empleados internacionales fueron evacuados (Alderman, Peltier y Saad, 2018).

Aunque está todavía en su fase inicial, el caso francés puede tener bastante relevancia para Colombia por el paralelismo fáctico de pago de “impuestos” o vacunas a un grupo armado calificado internacionalmente como terrorista para poder seguir trabajando en la zona. Habrá que ver si se usa y acepta la defensa de la coacción en ese caso, pero el hecho de que haya una investigación formal parece indicar que el pago de vacunas en las circunstancias del caso no se ve automáticamente como coacción y, por ende, como un eximente de culpabilidad. Si fuera de otra manera es muy poco probable que la Fiscalía hubiera iniciado la fase oficial de las investigaciones penales. En efecto, un gerente de la compañía, en lugar de defender las acciones de la empresa como justificadas por coacción, más bien admitió que la empresa debería haberse ido de Siria en vez de operar bajo estas condiciones y colaborar con los grupos terroristas (The New Arab, 2017).

Conclusiones

Como se pudo ver, no existen parámetros generales para establecer la responsabilidad penal de terceros civiles. En cada caso el

involucramiento será distinto debido al contexto fáctico, así como al marco jurídico de cada país. Sin embargo, las experiencias de otros países invitan a varias conclusiones que pueden ser relevantes para Colombia. Primero, los casos de Argentina, Chile y Alemania demuestran que la responsabilidad penal de terceros puede llegar a las cortes ordinarias décadas después del fin de una guerra o de una dictadura. En la medida en que se trata de participación en crímenes de lesa humanidad, estos no prescriben, tanto en casos donde el tercero participó como autor como cuando su participación tomó la forma de complicidad. La falta de competencia exclusiva de la JEP sobre terceros civiles deja abierta la posibilidad de que la jurisdicción ordinaria investigue y juzgue estos casos sin límite temporal para iniciar las causas, lo que implica mayor inseguridad jurídica puesto que no hay un cierre jurídico en relación con todos los crímenes cometidos durante el conflicto armado, contrariamente a lo pactado inicialmente en el AFP.

Una segunda lección relevante es la importancia crucial del contexto en el cual se dio la participación de terceros en los crímenes y la determinación de patrones de criminalidad. En el caso argentino, de esto no solamente dependió la calificación de los crímenes cometidos como crímenes de lesa humanidad –o su rechazo–. Para el tribunal de primera instancia, el contexto fue de suma relevancia para hacer inferencias probatorias respecto de los elementos objetivos y subjetivos, y de la existencia de una distribución de tareas entre los agentes del Estado y el empresario imputado basado en un plan común. Algo parecido se puede deducir del caso chileno de Colipeumo.

De los casos holandeses y alemanes se puede aprender que la participación en forma de complicidad puede jugar un papel importante en el contexto de la colaboración de actores económicos en crímenes de guerra o de lesa humanidad. Y esto pese a que, en Alemania, como en Colombia, la participación en forma de complicidad resulta en una sanción reducida en comparación con la sanción prevista para el autor del crimen. Otra lección importante, especialmente en casos de financiamiento o apoyo logístico a agentes del Estado o grupos armados, es que no se considera necesaria una estricta causalidad entre el acto del cómplice y la comisión del crimen principal en su forma concreta. Más bien basta con

demostrar que el acto del tercero civil facilitó el crimen principal y que el tercero jugó un papel dentro de la estructura criminal sin que fuera esencial que se tratara de un apoyo indispensable.

CAPÍTULO 4

Competencia de la JEP y de la jurisdicción ordinaria sobre actores económicos

Dada la competencia paralela de la JEP y la jurisdicción ordinaria sobre terceros civiles, es importante señalar los estándares que cada una debería tener en cuenta para determinar su competencia con respecto a la responsabilidad de los actores económicos por su rol en el conflicto armado. Esto requiere, primero, una discusión sobre las competencias de la JEP y de la jurisdicción ordinaria sobre estos actores, así como sobre la relación entre las dos jurisdicciones con respecto a la investigación de la participación de los actores económicos en el conflicto armado. También presentaremos reflexiones alrededor del concepto de la participación directa o indirecta en el conflicto por parte de terceros, un tema de importancia crucial para establecer la competencia de la JEP.

Relación entre la JEP y la jurisdicción ordinaria con respecto a la competencia sobre los actores económicos

Una de las lecciones más importantes de la experiencia de Justicia y Paz con respecto a la responsabilidad de actores económicos fue la necesidad de enfrentar el problema de la fragmentación de la competencia sobre terceros civiles y los desmovilizados. Dicha fragmentación causó dificultades fundamentales por la necesidad de que el involucramiento de distintos actores en los mismos hechos fuera investigado por distintos fiscales y jueces (Michalowski y Cardona, 2015). Al incluir originalmente a los terceros civiles en la competencia obligatoria de la JEP, se intentó evitar ese problema.

Esto cambió con la Sentencia C-674 de 2017 en que la Corte Constitucional eliminó esa competencia de la JEP para llamar a

terceros a comparecer de manera compulsiva.¹ En consecuencia, existe una nueva fragmentación, no solamente por la competencia de dos jurisdicciones distintas (la jurisdicción ordinaria tiene competencia hasta que un tercero se acoja voluntariamente a la JEP), sino también por las diferentes normativas que se aplican al trabajo de cada una.

La Corte Constitucional no parece ver como problemática la fragmentación creada por su sentencia, ya que declaró que la falta de competencia obligatoria de la JEP sobre terceros no afecta “la responsabilidad penal de estas personas, ni [...] su deber de colaborar con la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición”.² Más bien considera que solamente se trata de una cuestión de quién tiene jurisdicción sobre los terceros que no se acojan voluntariamente a la JEP para beneficiarse del régimen especial a cambio de aportar plena verdad y reparaciones. Según la Corte, esto “no genera ningún espacio de impunidad”.³

La experiencia de Justicia y Paz, donde miles de compulsas de copias contra terceros han resultado por el momento en amplia impunidad de los actores económicos, sugiere lo contrario. Para cumplir con los derechos de las víctimas y las obligaciones internacionales del Estado colombiano, y con lo acordado en el Acuerdo de Paz, es imprescindible que no se repita y perpetúe esa impunidad. En ese sentido, es necesario evitar en lo posible los problemas causados por la fragmentación, para lo que es importante entender sus manifestaciones y desafíos, y lograr el buen funcionamiento de la colaboración entre las dos jurisdicciones.

Competencia de la JEP sobre actores económicos que se someten voluntariamente

La competencia de la JEP sobre terceros proviene del artículo transitorio 16 del AL 01/2017, según el cual:

1 Véase Corte Constitucional. Comunicado de prensa 55 de 2017 sobre la Sentencia C-674 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2055%20comunicado%2014%20de%20noviembre%20de%202017.pdf>. En el momento en que fue redactado este documento el fallo aún no se encontraba disponible.

2 *Ibid.*, 21.

3 *Ibid.*

Las personas que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán acogerse a la JEP y recibir el tratamiento especial que las normas determinen, siempre que cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición.

Es decir, los únicos requisitos para que la JEP tenga competencia sobre aquellos terceros que se presentan voluntariamente es que: i) no formaban parte de los grupos armados y ii) hubieran contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto. Este último elemento los analizaremos en detalle más adelante.

A la luz de la primera decisión de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP acerca de la competencia sobre terceros civiles, parece oportuno agregar algunas reflexiones sobre si dicha competencia tiene elementos adicionales en casos de terceros que financiaron o colaboraron de otra manera con los grupos armados, como lo sostiene dicha Sala.

En su decisión del 7 de mayo de 2018, ante la solicitud de sometimiento voluntario elevada por David Char Navas (Resolución 000084), la Sala agregó a los dos criterios incluidos en el artículo transitorio 16 del AL 01/2017 tres elementos adicionales para que la JEP tenga competencia cuando se trata de conductas de financiación u otro tipo de colaboración:

1. Que no haya sido resultado de coacciones.
2. Que estas personas hayan tenido una participación activa o determinante en crímenes competencia de la JEP.
3. Que las contribuciones realizadas por terceros a los grupos armados ilegales no hayan tenido el solo propósito de obtener un beneficio personal, propio o de un tercero.⁴

Hay varios problemas con esta definición de la competencia de la JEP que, en la práctica, resultaría en una limitación indebida a la posibilidad de que los terceros financiadores y colaboradores puedan acogerse voluntariamente a la JEP.

Primero, parece equivocado que para definir la competencia de la JEP sobre terceros, la Sala se base no solamente en el artículo

4 Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Resolución 000084 del 7 de mayo de 2018, p. 14.

transitorio 16 AL 01/2017, sino también en el inciso 3 del punto 32 del AFP (del cual provienen los dos primeros criterios adicionales), disposición que para la Sala tiene fuerza vinculante y es parámetro de interpretación, así como el numeral 2 del artículo 30 de la Ley 1820 de 2016 (del cual proviene el tercer elemento adicional).

Con respecto a las circunstancias en las cuales terceros civiles pueden acogerse a la JEP, el artículo transitorio 16 no hace ninguna diferencia entre la participación por financiación o colaboración y otras modalidades de la participación, sino que se limita a establecer dos criterios: que los terceros no formaran parte de las organizaciones o grupos armados, y que hubieran contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto. Los requisitos adicionales para los casos específicos de financiación y colaboración provienen únicamente del inciso 3 del punto 32 del AFP.

Esto lleva a la pregunta por la naturaleza jurídica del AFP, y de si contiene en sí mismo aspectos normativamente vinculantes. Esta es una situación compleja puesto que, en principio, los acuerdos de paz recogen un pacto político entre las partes involucradas, pero que, al implicar obligaciones para dichas partes, no se trataría entonces de simples declaraciones políticas abstractas sino que serían una fuente de obligaciones concretas. En todo caso, “el valor jurídico de este tipo de acuerdos es un asunto controversial y no existe claridad sobre su carácter normativo ni su ubicación en las fuentes de derecho internacional y nacional” (Uprimny y Güiza, 2017, p. 2).

Por esa razón resultaba determinante en el contexto transicional colombiano poder convertir las declaraciones políticas del AFP en obligaciones jurídicas, lo que se consideró posible mediante su consagración en normas de diverso nivel (constitucional, legal, reglamentario, etc.), al mismo tiempo que se definía el alcance normativo general del Acuerdo. En efecto, el inciso 1 del AL 02/2017 estipula que:

...los contenidos del Acuerdo Final [...] que correspondan a normas de derecho internacional humanitario o derechos fundamentales definidos en la Constitución Política y aquellos conexos con los anteriores, serán obligatoriamente parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del Acuerdo Final.

Así las cosas, se le reconoce cierto valor normativo a algunos de los contenidos del AFP pero solo para analizar las normas que vayan a desarrollar o implementar dicho Acuerdo. Así también lo entendió la Corte Constitucional en el comunicado de prensa que anunció la exequibilidad del AL 02/2017 al sostener que “La expresión ‘validez’ del inciso primero del artículo 1º hace referencia a la conexidad que deben guardar las normas y leyes de implementación con el Acuerdo Final, así como a su concordancia con las finalidades del mismo”.⁵

En adición, el AL 02/2017 dice que “las instituciones y autoridades del Estado tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final” y de “guardar coherencia e integralidad con lo acordado, preservando los contenidos, los compromisos, el espíritu y los principios del Acuerdo Final” (inc. 2, art. transitorio 1). En su comunicado de prensa sobre el AL 02/2017, la Corte Constitucional destacó que el Acuerdo de Paz no forma parte del ordenamiento jurídico colombiano, puesto que ello “exige su implementación normativa por los órganos competentes y de conformidad con los procedimientos previstos en la Constitución para el efecto”, que la obligación que impone es de medio y que el Estado goza “de un margen de apreciación para elegir los medios más apropiados” en cuanto a cómo cumplirla.⁶

Por ende, el Acuerdo de Paz no tiene por sí solo fuerza vinculante sino que únicamente aquellos de sus contenidos que correspondan a normas de derecho internacional humanitario y de derechos fundamentales y conexos a estos son parámetros obligatorios para la interpretación de, por ejemplo, el marco normativo que rige las competencias de la JEP, al tiempo que sobre las autoridades estatales recae una obligación (de medio) que les impele a cumplir de buena fe con lo pactado. Podría, entonces, válidamente plantearse que:

...en relación con las normas de implementación y desarrollo del acuerdo de paz, los contenidos humanitarios y de derechos fundamentales del Acuerdo cumplen la función principal y obligatoria

5 Ver Corte Constitucional, comunicado de prensa 51, del 11 de octubre de 2017. Sentencia C-630 de 2017. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2051%20comunicado%2011%20de%20octubre%20de%202017.pdf>

6 *Ibid.*

de parámetro de interpretación y referente de desarrollo y validez. Mientras que el inciso segundo indica que el acuerdo de paz constituye un marco de acción para las instituciones y autoridades del Estado, por lo que tienen el mandato de cumplirlo de buena fe. En consecuencia, respecto del resto de normas y actuaciones estatales que no desarrollen ni implementen directamente el acuerdo, los contenidos humanitarios y de derechos fundamentales del acuerdo son parámetro supletivo de interpretación, esto es, son fuente interpretativa en caso de duda. (Uprimny y Güiza, 2017, p. 9)

De lo anterior se concluye que el inciso 3 del punto 32 del AFP en sí mismo no tiene una fuerza normativa vinculante pues no es de aquellos contenidos del Acuerdo equiparables a normas de derecho internacional humanitario o derechos fundamentales y conexos a estos.

Desde una perspectiva formal es difícil justificar la interpretación de una norma vinculante (art. transitorio 16 del AL 01/2017) únicamente a la luz del contenido de una disposición que no es de aquellas que, de acuerdo con el AL 02/2017 y la decisión de la Corte, son parámetro obligatorio para la interpretación, validez y desarrollo de las normas que implementen el AFP y que, por tanto, solo están llamadas a servir, en el mejor de los casos, como parámetro supletivo de interpretación. Por consiguiente, el inciso 3 del punto 32 del AFP no podría tener el efecto normativo de ampliar los requisitos previstos en el artículo 16 del AL 02/2017 y, en consecuencia, restringir fundamentalmente la competencia de la JEP, e incluso en detrimento de las personas que de esta manera quedarían fuera de esta competencia. La gran mayoría, si no todos los terceros civiles, habrán participado en el conflicto no por la comisión de delitos con sus propias manos, sino por financiación u otro tipo de colaboración con los actores principales, los grupos armados.⁷ Por tanto, aplicar requisitos adicionales para que este grupo de terceros civiles se pueda acoger a la JEP resultaría en la práctica en una restricción del alcance de esta competencia como está prevista en el artículo transitorio 16 del AL 01/2017.

Dado que la JEP solamente tiene competencia sobre estos actores si se someten voluntariamente a ella para beneficiarse de

7 Corte Constitucional, Sentencia C-007/2018, M.P. Diana Fajardo Rivera.

su trato especial, agregar varios elementos adicionales a aquellos que ya están previstos en el artículo transitorio 16 del AL 01/2017 tiene el efecto de hacer esta adhesión más difícil y excluirla en muchos casos en los que entrarían según el Acto Legislativo. Es difícil sostener que este enfoque restrictivo a la competencia de la JEP sobre terceros sea debido a una interpretación a la luz del contenido y espíritu de lo acordado en el AFP. El acuerdo, por el contrario, previó una competencia amplia de la JEP para incluir a todos los actores del conflicto. Como lo explicó la Corte Constitucional

...la *integralidad* a la que aspira el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición [requiere] la posibilidad de evaluar todos los hechos del conflicto –incluidos los que guardan una relación indirecta con el mismo– para así construir, en el ámbito de los procesos que se sigan ante la Jurisdicción Especial para la Paz, una verdad judicial que, en conjunto con la que se construirá en la Comisión Especial para el Esclarecimiento de la Verdad, contribuya a la comprensión de las causas profundas del conflicto armado interno, y, por esa vía, al diseño de garantías de no repetición para las víctimas y la sociedad en su conjunto.⁸

También es importante destacar que el inciso 3 del punto 32 del AFP tiene que entenderse en el contexto correspondiente: en el momento de su redacción, la JEP tenía competencia obligatoria sobre terceros civiles y, por ende, las restricciones de esta competencia, que podrían inferirse del inciso 3 del punto 32 del AFP, deben ser interpretadas como dirigidas a limitar la competencia de la JEP de obligar a estos actores a comparecer.

En consecuencia, sostenemos que la competencia de la JEP sobre terceros civiles solamente debería depender de los requisitos establecidos en el artículo transitorio del AL 01/2017, sin los elementos adicionales que agregó la Sala con base en el inciso 3 del punto 32 del AFP. Sin embargo, a continuación presentaremos algunas reflexiones alrededor de cada uno de los elementos adicionales y sus posibles efectos para la competencia personal de la JEP sobre terceros civiles financiadores y colaboradores.

8 Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2018, M. P. Diana Fajardo Rivera, párr. 541. Véanse también los párrs. 556 y 558.

Coacción

Excluir de la competencia de la JEP los casos de los terceros civiles que actuaron por coacción podría justificarse en la medida en que la coacción es una excluyente de la responsabilidad penal y se podría pensar que no existen razones para que la JEP se pronuncie al respecto. Sin embargo, más allá de la ausencia de una norma que excluya estos casos de la competencia de la JEP, lo que ya explicamos, un rechazo de plano de los casos en los que hubiere obrado una presunta coacción parece erróneo por varias razones. Primero, porque así se limitaría la posibilidad de que terceros civiles puedan obtener seguridad jurídica en la forma de una renuncia a la persecución penal, una cesación del procedimiento, o “cualquier otro mecanismo jurídico según el caso” con el que la Sala puede resolver la situación jurídica de la persona en el caso específico previsto en el artículo 84, literal f del proyecto de ley estatutaria.⁹ Negarles a los terceros coaccionados que quieren acogerse a la JEP la definición de su situación jurídica puede tener el efecto adverso de que pueden ser procesados por esos mismos hechos en la jurisdicción ordinaria, pues esta no tendría la obligación de aceptar el análisis de la coacción realizada por la JEP y podría llegar a la conclusión de que en un caso concreto en el cual la JEP se declaró incompetente por existencia de coacción el tercero actuó voluntariamente y, en consecuencia, condenarlo.

Parece que la mención explícita de la coacción como elemento de la competencia de la JEP en el inciso 3 del punto 32 del AFP se explica por el deseo de aclarar que en casos de coacción la JEP no tendría competencia forzada sobre aquellos terceros, un punto que parece estar obsoleto desde que fue comunicado el sentido de la sentencia C-674 de 2017 de la Corte Constitucional.¹⁰ Aplicar esta lógica para justificar la exclusión de los financiadores o colaboradores de la competencia de la JEP si quieren someterse

9 Al momento de redactar esta sección, el Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz (008/17 Senado, 016/17 Cámara) estaba siendo analizado previamente por la Corte Constitucional.

10 Corte Constitucional. Comunicado de prensa 55 del 11 de noviembre de 2017. Sentencia C-674 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2055%20comunicado%2014%20de%20noviembre%20de%202017.pdf>

voluntariamente va en contra del espíritu del AFP, dado que la investigación de las complejidades de las formas de participación en el conflicto justamente incluye los muchos casos en los que terceros se vieron coaccionados a financiar o colaborar con los grupos armados.

Asimismo, aplicar esa lógica iría en contra de la citada decisión de la Corte Constitucional, pues aunque la sentencia completa aún no sea de conocimiento público, el sentido de esta fue claramente expuesto en el comunicado. Si bien la sentencia C-674 de 2017 limita la competencia de la JEP en materia de terceros, no pretende, de ninguna manera, excluir de tajo de su competencia a un tipo de terceros en particular, ya sean estos los financiadores o colaboradores o cualquier otro tercero implicado en el conflicto armado colombiano. La Corte limita la competencia a la voluntad de la presentación de estos a la JEP y no a las modalidades de la colaboración.

Tampoco se puede justificar rechazar de plano casos de presunta coacción solamente en el contexto de financiación y otros tipos de colaboración, dado que la excluyente de coacción se aplica a todas las modalidades de participación en crímenes y es difícil entender por qué en casos en los que un combatiente hubiera sido coaccionado a cometer un crimen en el contexto del conflicto, esta coacción no excluiría la competencia de la JEP, mientras que esto sería la consecuencia de la existencia de la coacción en casos de terceros financiadores y colaboradores.

Finalmente, rechazar de plano estos casos de la competencia de la JEP tampoco es factible dado que, frecuentemente, determinar si hubo o no coacción requiere un análisis jurídico complejo del caso individual por lo cual parece mejor llevarlo a cabo, no como parte del estudio de la competencia, sino en el contexto del análisis jurídico de la responsabilidad del tercero. Esto también porque la coacción solamente tiene relevancia en casos en los que se demostró primero que el tercero ha cometido un delito pero que su responsabilidad está excluida por la ausencia de un acto voluntario. Examinar la coacción como elemento de la competencia, sin analizar si el tercero ha cometido un delito por coacción, aumentaría el trabajo de la JEP sin que exista una buena razón para esto.

Participación activa o determinante

Otro problema importante del análisis de la Sala es el de limitar la competencia de la JEP sobre terceros financiadores y colaboradores a casos de participación activa o determinante. El inciso 2 del artículo transitorio 16 del AL 01/2017 (declarado inexecutable por la Corte Constitucional) aplicó este concepto para delimitar los casos en los que la JEP tenía competencia forzosa, mientras que la posibilidad de acogerse voluntariamente a esta se determina en el ya mencionado inciso 1 de ese mismo artículo (declarado executable por la Corte Constitucional), sin referencia alguna al concepto de la participación activa o determinante. Una vez más, la Sala parece aplicar un elemento para definir su competencia sobre terceros –que proviene del contexto de la ahora eliminada competencia de la JEP de obligar a los terceros a comparecer– a casos en los que ellos se acogen voluntariamente a esta jurisdicción.

Entonces, en casos en los que terceros financiadores o colaboradores se someten voluntariamente a la JEP, si hubo o no participación activa o determinante no es un elemento de la competencia de la JEP, sino un concepto según el cual se decide la competencia de las distintas Salas dentro de esta jurisdicción, y el tipo de resolución o decisión que se debería tomar al respecto. Esto se puede ver reflejado, por ejemplo, en el numeral 1 del artículo 30 de la Ley 1820 de 2016 que no dice nada sobre la competencia de la JEP de conocer el caso, sino estipula que los casos de participación determinante en los crímenes más graves quedan excluidos de la competencia de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas con respecto a las resoluciones mencionadas en el capítulo relevante de esa ley. De esto se pueden derivar varias conclusiones. Primero, que la Sala sí tiene competencia para tomar esas resoluciones en casos de participación no determinante en los crímenes enlistados en esa norma. Segundo, que tiene esa competencia en casos de participación determinante en crímenes menos graves. En casos de participación determinante en los crímenes más graves, la norma parece tener el objetivo de diferenciar entre aquellos que son de suficiente gravedad como para merecer juzgamiento, mientras que los casos de menor grado de participación pueden resultar en una renuncia a la persecución penal, por lo cual caben en la competencia de la JEP.

Ahora bien, parece que la Sala excluyó, no solo su propia competencia, sino la de la JEP como tal, en los casos específicos de financiación o colaboración, basándose en el inciso 3 del punto 32 del AFP. Pero dado que esa disposición no tiene fuerza vinculante, es difícil sostener, como explicamos, que se pueda excluir un grupo amplio de la competencia de la JEP únicamente con base en ese punto del AFP y negarles la posibilidad de obtener seguridad jurídica a condición de aportar verdad, reparación y garantías de no repetición.

Contribuciones realizadas con el solo propósito de obtener un beneficio personal, propio o de un tercero

Otra gran preocupación causada por la decisión de la Sala es que aplica el criterio del beneficio personal como excluyente de la competencia de la JEP. Esta limitación no se menciona ni en el inciso 3 del punto 32 del AFP, ni en el artículo transitorio 16 del AL 01/2017, por lo cual su única base se encuentra en el numeral 2 del artículo 30 de la Ley 1820 de 2016. Ahora bien, este artículo no define la competencia de la JEP de conocer casos de terceros, sino solamente limita la competencia de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de resolver estos casos con una de las resoluciones mencionadas en el capítulo III, del título III de esa ley.¹¹

Mientras que el AL 01/2017 no prevé una limitación de la competencia de la JEP para terceros civiles basada en la motivación detrás de su participación en crímenes relacionados con el conflicto, esto es distinto para agentes de Estado y miembros de la fuerza pública. Con respecto a esos actores, el artículo transitorio 17 del AL 01/2017, en caso de agentes del Estado, y el artículo transitorio 23 para miembros de la fuerza pública, la JEP solamente tiene competencia sobre conductas que hayan sido realizadas “sin ánimo de obtener enriquecimiento personal ilícito, o en caso de que existiera, sin ser este la causa determinante de la conducta delictiva”.

Si bien pueden existir buenas razones para excluir agentes del Estado y miembros de la fuerza pública de los beneficios de

11 Renuncia a la persecución penal, una cesación del procedimiento, “otro tipo de terminación anticipada del proceso” o “cualquier otro mecanismo jurídico según el caso”. Véanse los artículos 28.5 y 28.8 de la Ley 1820 de 2016.

la JEP en casos de delitos cometidos primeramente por razones de enriquecimiento personal, aplicar esta lógica a los terceros es inaceptable. Primero, extender la aplicación de una norma por analogía a situaciones no comprendidas en ella se justifica por la aplicación del principio de igualdad.¹² Pero de ninguna manera se podría decir que la situación de los agentes estatales es comparable a la de los terceros civiles. El agente estatal que comete un delito actúa en extralimitación de sus funciones y traiciona la confianza pública que fue depositada en él o ella, por eso es necesario eliminar la posibilidad de recibir beneficios penales por delitos cometidos con el simple propósito de enriquecerse personalmente. Esto no ocurre en el caso de la actuación de terceros.

En efecto, extender la aplicación de esta norma dispuesta para agentes estatales a los terceros le quitaría el efecto útil a la inclusión de los terceros en la JEP. Especialmente en el caso de actores económicos, la motivación de su participación directa o indirecta en el conflicto habrá sido regularmente la de obtener beneficios materiales bien sea para sí o para un tercero. Es difícil pensar, por ejemplo, un hecho de financiación de grupos paramilitares por parte de empresas o empresarios que no hubiese sido motivado por el deseo de obtener beneficios económicos, o avanzar intereses personales, incluso cuando la afinidad ideológica con los paramilitares pudiera haber sido una razón complementaria para prestarles apoyo financiero.

Todo esto sugiere que no habría base legal para imponer los tres requisitos adicionales que limitan la competencia de la JEP sobre terceros civiles en casos de financiación u otro tipo de colaboración. Esta limitación contravendría, no solo las disposiciones del AFP relativas a los terceros, sino el espíritu del acuerdo que propone, para darle fin al conflicto armado, abarcarlo según un enfoque holístico e integral. Esto a través de un sistema compuesto, entre otros organismos, por una jurisdicción de cierre de conflicto que debe conocer todo lo sucedido durante este, para lo que se consideró necesario que tuviera competencia sobre todos sus actores, sin excepción. Excluir a los terceros que se someten voluntariamente a su competencia no solo iría en contra de la

12 Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

esencia misma del AFP, del Sistema Integral y de los objetivos de la JEP, sino que vaciaría el acuerdo de sustancia en cuanto a su visión holística del conflicto.

Competencia de la JEP para investigar y documentar

Una de las preguntas relevantes en este contexto es el alcance de la competencia de la JEP para investigar y documentar la responsabilidad de actores económicos. Según el artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017, esta

...conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1º de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al derecho internacional humanitario o graves violaciones de los derechos humanos.

De esto y de los objetivos de la JEP de “satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; ofrecer verdad a la sociedad colombiana; proteger los derechos de las víctimas; contribuir al logro de una paz estable y duradera; y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno mediante la comisión de las mencionadas conductas” (art. transitorio 5 del AL 01/2017) resulta que la JEP tiene una amplia competencia para investigar todas las conductas.

Una investigación holística por parte de la JEP para llegar a una “determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades”¹³ también es importante para cumplir con las obligaciones del Estado colombiano en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

La obligación de investigar con debida diligencia las graves violaciones de los derechos humanos e infracciones del derecho internacional humanitario que adquirió el Estado al hacerse parte

13 Corte IDH. Caso Gelman *vs.* Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párr. 192.

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) implica, necesariamente, el seguimiento de todas las líneas de investigación posibles y la visibilización y determinación de los patrones de macrocriminalidad que permitieron la comisión de los crímenes. Frente a esto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sido reiterativa en los casos contenciosos que ha fallado contra el Estado colombiano relacionados con el conflicto armado interno.¹⁴

La construcción de contextos completos y que abarquen toda la gama de actores que participaron en la comisión de graves violaciones hace parte del núcleo duro de la obligación de investigar con debida diligencia, incluso en el marco de contextos de anormalidad como una transición negociada de un conflicto armado interno, especialmente largo y grave, hacia la paz.¹⁵ La decisión de recortar las pretensiones de castigo penal para quienes cometieron graves violaciones de derechos humanos está mediada por un cálculo de beneficio en verdad y reparación; el déficit de verdad que deriva de una pretensión de castigo total se supera a través de beneficios penales especiales para aquellos que se comprometan a someterse al SIVJRNR y del diseño de procedimientos que garanticen el acceso a la mayor cantidad de información posible relacionada con el conflicto (Uprimny, Sánchez y Sánchez, 2014). De manera que, aunque la obligación de investigar se encuentra relativizada por el contexto anormal de transición, esto no implica que se elimine la obligación de construir el contexto en el cual ocurrieron los hechos y develar los patrones de macrocriminalidad en los cuales se encuentran insertos.

En el componente penal del SIVJRNR, la responsabilidad de llevar a cabo esas investigaciones y construir un contexto

14 Véase Corte IDH. Caso Yarce y otras *vs.* Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C, No. 325; Corte IDH. Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) *vs.* Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C, No. 270; Corte IDH. Caso de la Masacre de la Rochela *vs.* Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, No. 163.

15 Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2014, M. P. María Victoria Sáchica Méndez; Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

comprendido de la criminalidad relacionada con el conflicto armado es de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad. En el ejercicio de su competencia de investigación, esta Sala recibirá las versiones de todas aquellas personas que se sometan a la JEP y, adicionalmente, debe recibir informes presentados por todas las entidades públicas colombianas que tengan entre sus funciones investigar delitos, contravenciones, faltas disciplinarias, entre otras, relacionadas con el conflicto armado interno colombiano; así como por organizaciones de víctimas y de defensa de derechos humanos colombianas. Entre esas entidades públicas está la Fiscalía General de la Nación, que debe rendir un informe contentivo de

... todas las investigaciones por conductas ocurridas hasta el 1 de diciembre de 2016 de competencia de la JEP en los términos de los artículos 62 y 63 de esta ley, relativas a las conductas cometidas con ocasión del conflicto armado y las estrechamente relacionadas con el proceso de dejación de armas.¹⁶

La información contenida allí debe ser contrastada con las demás pruebas disponibles y la versión de los hechos que pudieran haber dado las personas involucradas ante la Sala, de manera que si se aprecia que

[L]a persona mencionada participó y que la conducta corresponde a tipos penales no amnistiables, [la Sala] deberá ponerlos a disposición de los presuntos responsables para que por ellos se tome la decisión de comparecer o no [...] a efectuar el aporte de verdad y reconocimiento o no de responsabilidad o comparecer a defenderse de las imputaciones formuladas.¹⁷

Ahora bien, el proyecto de ley estatutaria confiere a la JEP solamente una competencia material sobre “las investigaciones en los supuestos en los que se hayan producido compulsas de copias en la jurisdicción de Justicia y Paz, para que se investiguen las conductas y la responsabilidad penal de aquellas personas a las que se refieren dichas compulsas”, si aquellos han manifestado voluntariamente su intención de someterse a la JEP (art. 62). El artículo 79(b), por su parte, limita la información que la Fiscalía puede entregar a la JEP, de la siguiente manera:

16 Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, artículo 79.b.

17 *Ibid.*, artículo 79.h.

Junto a los informes presentados por la Fiscalía General de la Nación, esta institución incorporará las compulsas de copias que le hayan sido remitidas por la jurisdicción de Justicia y Paz creada por la Ley 975 de 2005, para que por la JEP se determine si las conductas relacionadas son de su competencia conforme a lo establecido en los artículos 62 y 63 de esta Ley, *con excepción de aquellas relacionadas con conductas cometidas por terceros o agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública, que no hayan manifestado previa, expresa y voluntariamente su intención de someterse a la JEP.*

Esto limita el acceso de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la JEP a la información derivada de las compulsas de copias que se han llevado a cabo al interior del procedimiento penal especial de Justicia y Paz en contra de terceros civiles y agentes estatales no combatientes y que reposan en la Fiscalía General de la Nación, entidad encargada de llevar a cabo las investigaciones derivadas de allí.

Los motivos por los que la Corte Constitucional declaró inexecutable la competencia de la JEP para llamar compulsivamente a terceros civiles y agentes estatales no combatientes, es decir violación de la garantía de juez natural y la transgresión del principio de legalidad, se relacionan directamente con la facultad de la JEP de someterlos a un juicio y a las garantías que un proceso judicial debería respetar. Es decir, la razón de la decisión solo se refería a la imposibilidad de acusarlos, juzgarlos y condenarlos en el proceso penal especial que se llevará a cabo en la JEP.

Lo que la Corte Constitucional limitó fue la posibilidad de llamar a juicio de manera compulsiva a terceros que pudieran haber participado en delitos con ocasión, en el marco o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. Pero el desarrollo normal de las funciones de la JEP llevará a que, inevitablemente, reciba información relacionada con dichos actores y hechos, por ejemplo, a través de declaraciones de verdad y responsabilidad. En ese orden de ideas, la misma JEP deberá procesar esa información y actuar en correspondencia con la misma, siempre bajo la premisa de que no puede obligar a un tercero a comparecer si esta no es su voluntad.

Dado que tendrá acceso privilegiado a la información necesaria para la construcción de contextos relacionados con la comisión de graves violaciones de derechos humanos en el marco del conflicto, la JEP tiene una oportunidad inmejorable de revelar y

documentar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en clave contextual, de las mayores atrocidades cometidas en el país en los últimos sesenta años.

Propiciar construcciones fragmentadas de verdad judicial llevaría a afectar las posibilidades de la sociedad colombiana de conocer el panorama completo y, en palabras de la Corte Constitucional, “elaborar un relato colectivo a través de la divulgación pública de los resultados de las investigaciones”.¹⁸

Como destacó la Corte IDH en la sentencia del caso Vereda la Esperanza *vs.* Colombia,¹⁹ la fragmentación del proceso de Justicia y Paz en sí mismo no resultó en una violación de las garantías judiciales, siempre que se investiguen los hechos de manera holística y se compulsen copias en casos de surgir información sobre la responsabilidad penal de individuos acerca de los cuales el órgano de investigación no tiene competencia.

No obstante, las limitaciones impuestas por el artículo 79(b) a la competencia de la JEP de tener acceso a toda la información necesaria presentan un obstáculo para cumplir con esta obligación de investigar de manera holística. En el momento de la redacción de este texto, la Corte Constitucional de Colombia está examinando la constitucionalidad de las normas del proyecto de ley estatutaria. Es de esperar que sean declaradas inexequibles. Sin embargo, cualquiera que sea el resultado del control de constitucionalidad, para cumplir al máximo con la obligación de investigar, la JEP debería investigar y documentar el rol de los terceros de manera exhaustiva, así como si se someten o no a la competencia punitiva de la JEP, y establecer un protocolo de compulsa de copias para remitir información sobre actores económicos fuera de su competencia, a la jurisdicción ordinaria.

Competencia de la JEP para invitar a actores económicos a comparecer

Otra pregunta importante es si el artículo 79(h) se aplica en casos de actores económicos que no se sometieron a la competencia de

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-715 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁹ Corte IDH. Caso Vereda La Esperanza *vs.* Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, No. 341, párr. 206.

la JEP; es decir, si en casos en que los informes recibidos por la Sala de Reconocimiento establezcan

...bases suficientes para entender que la conducta existió, que la persona mencionada participó y que la conducta corresponde a tipos penales no amnistiabiles, deberá ponerlos a disposición de los presuntos responsables para que por ellos se tome la decisión de comparecer o no comparecer a efectuar el aporte de verdad y reconocimiento o no de responsabilidad o comparecer a defenderse de las imputaciones formuladas.

O si en estos casos la Sala de Reconocimiento debería compulsa copias a la jurisdicción ordinaria.

Dado que recibir esta información y con ella la posibilidad de decidir si acogerse a la JEP o esperar que se compulsen copias y la justicia ordinaria inicie investigaciones no solamente no perjudica a los actores económicos, sino que es beneficioso para ellos, parece que no existen buenas razones para no extender la obligación de la Sala de Reconocimiento establecida en el artículo 79(h) a los actores económicos aun si no se han sometido a su competencia para el momento en que la información esté recopilada y sistematizada.

Incentivos para acogerse a la JEP y sanciones aplicables

El modelo de justicia penal transicional consagrado en el AL 01 de 2017 se basa en un esquema de beneficios por colaboración. Es decir, se otorga un tratamiento penal especial a aquellas personas que se comprometan a cumplir tres obligaciones generales: i) garantizar verdad plena; ii) colaborar con la reparación de las víctimas y, iii) garantizar la no repetición. En ese orden de ideas, la decisión de comparecer se basa en una operación de costo-beneficio por parte de la persona, que debe elegir entre ser juzgada bajo las normas ordinarias o bajo las normas transicionales, con todo lo que esto implica.

Según el artículo 63 parágrafo 4 del proyecto de ley estatutaria, los terceros tienen tres meses a partir de una vinculación formal a procesos en la jurisdicción ordinaria para someterse a la JEP, por lo cual esta jurisdicción perdería su competencia sobre ellos. No queda del todo claro qué tipo de sanciones debería

aplicar la JEP en estos casos si, al acogerse a esta, reconocen verdad y responsabilidad.

No existen normas específicas al respecto, por lo cual no está definido si el artículo 128 del proyecto de ley estatutaria es aplicable. Según este, en casos de reconocimiento ante la Sala de Reconocimiento, se utilizan las sanciones propias de la JEP, es decir entre cinco y ocho años de cumplimiento de sanción con funciones reparadoras y restauradoras con privación efectiva de libertad, pero sin cárcel. Sin embargo, si al estar formalmente vinculados a un proceso en la jurisdicción ordinaria, los terceros pueden favorecerse por las sanciones más beneficiosas de la JEP (las sanciones propias), existen pocos incentivos para que acudan a esta voluntariamente antes de que la jurisdicción ordinaria los investigue.

Tales incentivos existen primeramente para actores económicos que, en un análisis de costos y beneficios, llegan a la conclusión de que, al someterse a la JEP, el resultado más probable sería un cierre jurídico por vía de una renuncia a la persecución. Otro incentivo sería evitar la posibilidad de que, después de que la JEP termine su trabajo, los actores económicos puedan ser procesados en la jurisdicción ordinaria por su participación en crímenes internacionales no prescriptibles, sin tener en ese momento la posibilidad de beneficiarse de sanciones propias o alternativas.

Desde esa perspectiva, el mejor incentivo para que terceros se acojan a la JEP parece ser entonces que la jurisdicción ordinaria lleve a cabo investigaciones y juicios efectivos para romper con la percepción de que la competencia de esta jurisdicción, en la práctica, resulte en impunidad.

Diferencias y sinergias entre los marcos jurídicos que rigen la JEP y la jurisdicción ordinaria

Antes de proponer en el resto del capítulo reflexiones sobre cómo cada una de las jurisdicciones puede usar el derecho existente para avanzar en las investigaciones jurídicas y la documentación del rol de los actores económicos en el conflicto, es importante entender las diferencias y sinergias entre los marcos jurídicos que rigen cada una de ellas.

En contraste con la jurisdicción ordinaria, la JEP solamente tiene competencia sobre aquellos actores económicos que

participaron de manera directa o indirecta en crímenes cometidos en relación con el conflicto armado.²⁰

El trabajo de la JEP se lleva a cabo como parte del SIVJRNR, y tiene el objetivo de

...satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; ofrecer verdad a la sociedad colombiana; proteger los derechos de las víctimas; contribuir al logro de una paz estable y duradera; y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno mediante la comisión de las mencionadas conductas (art. transitorio 5 AL 01/2017).

Como se mencionó, la JEP dispone de un sistema de sanciones distintas a las sanciones previstas en el Código Penal aplicable en la jurisdicción ordinaria, y ofrece sanciones propias y reducidas o la renuncia a la persecución a aquellos terceros que se acojan voluntariamente a su jurisdicción y aporten plena verdad y reparaciones.

Para el trabajo de la JEP es, entonces, de suma importancia la manera de diferenciar los casos en los que es o no oportuna la definición de la situación mediante una renuncia a la persecución penal. Mientras parece claro que las sanciones penales solamente son adecuadas en casos de participación en los crímenes no amnistiables, definidos en el numeral 40 del Acuerdo Final, es un desafío definir el grado de participación requerido para justificar una sanción en lugar de una renuncia a la persecución.

En cambio, la jurisdicción ordinaria puede y debe perseguir todos los casos de participación en crímenes, cualquiera que sea el grado de la misma, y trátase o no de participación en los crímenes más graves alistados en el numeral 40 del Acuerdo Final. La jurisdicción ordinaria entonces tiene una competencia mucho más amplia que la JEP sobre los terceros. Al mismo tiempo, las dos jurisdicciones tienen en común la posibilidad de priorizar casos, por la magnitud de los crímenes cometidos durante el conflicto.

Por último, según el artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017,

20 Para definir la competencia de la JEP sobre terceros, el concepto de “participación directa o indirecta en el conflicto”, y cómo se aplica a actores económicos, es de suma importancia y será discutido más abajo; véase apartado “Prerrequisito de la competencia de la JEP - Participación directa o indirecta en el conflicto por parte de terceros civiles”.

...la JEP al adoptar sus resoluciones o sentencias hará una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará en el Código Penal Colombiano y/o en las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos (DIDH), derecho internacional humanitario (DIH) o derecho penal internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad.

La jurisdicción ordinaria, por su parte, tiene que basar sus sentencias en el Código Penal colombiano, aunque en consistencia con la normativa internacional.

Prerrequisito de la competencia de la JEP: participación directa o indirecta en el conflicto por parte de terceros civiles

El artículo 16 del Acto Legislativo 01 de 2017 define la competencia de la JEP sobre terceros de la siguiente manera:

Las personas que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán acogerse a la JEP y recibir el tratamiento especial que las normas determinen, siempre que cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición.

El concepto de participación directa o indirecta en el conflicto, entonces, es de suma importancia para el trabajo de la JEP.

El artículo 62 del proyecto de ley estatutaria ofrece una definición de lo que se entiende por delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado: se trata de aquellas conductas punibles donde la existencia del conflicto armado haya sido la causa de su comisión, o haya jugado un papel sustancial en la capacidad del perpetrador para cometer la conducta punible, en su decisión de cometerla, en la manera en que fue cometida o en el objetivo para el cual se cometió. Esta definición parece muy cercana a la interpretación que hace la Corte Constitucional del concepto de participación directa o indirecta adoptado por la jurisprudencia internacional.²¹

21 Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2007, citando al Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, caso del Fiscal *vs.*

El concepto de participación directa o indirecta en el conflicto armado debe entenderse desde la lógica del Acuerdo de incluir en el SIVJRN las responsabilidades para todas las conductas cometidas en relación con el conflicto, dejando por fuera los casos de delincuencia común.²² Esto, porque “medidas especiales de protección, en el marco de un proceso de justicia transicional” solo se justifican respecto de actos que son producto del conflicto.²³

Ahora bien, en el contexto de un conflicto tan largo y complejo como el de Colombia, diferenciar entre la criminalidad que tiene un nexo con el conflicto y aquella que no lo tiene no es siempre fácil. Un problema muy parecido surgió en las demandas contra la Ley 1448 de 2011 por limitar el universo de víctimas de infracciones del derecho internacional humanitario o de graves violaciones de derechos humanos a aquellas que hayan ocurrido “con ocasión del conflicto armado”. A pesar de las circunstancias distintas, algunas de las reflexiones que provienen de sentencias de la Corte Constitucional rendidas en este contexto pueden resultar útiles para acercarse al tema.

Sobre esta materia, la Corte ha adoptado consistentemente “una concepción amplia de ‘conflicto armado’ que reconoce toda la complejidad real e histórica que ha caracterizado a la confrontación interna colombiana”.²⁴ La Corte ha establecido que una interpretación estrecha de la noción de conflicto armado no solamente vulneraría los derechos de las víctimas (un punto de suma importancia en el contexto de la Ley de Víctimas) sino que también afectaría la posibilidad de lograr los objetivos de la justicia transicional, como la posibilidad de sancionar a los victimarios; la búsqueda de garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de un conjunto específico de víctimas, y a los deberes de prevención, todo respecto de hechos violentos y violatorios de

Blagojevic y Jokic, sentencia del 17 de enero de 2005, y caso del Fiscal *vs.* Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la Sala de Apelaciones del 12 de junio de 2002.

22 Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Resolución 000084 del 7 de mayo de 2018, con referencia al artículo transitorio 1 del AL 02/2017.

23 Corte Constitucional. Sentencia C-781 de 2012, M. P. María Victoria Calle Correa.

24 Corte Constitucional. Sentencia C-253A de 2012, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que tienen una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto armado interno.²⁵

Por tanto, la Corte ha aclarado que

...la expresión “con ocasión del conflicto armado” ha sido empleada como sinónimo de “en el contexto del conflicto armado,” “en el marco del conflicto armado”, o “por razón del conflicto armado”, para señalar un conjunto de acaecimientos que pueden rodear este fenómeno social, pero que no se agotan en la confrontación armada, en el accionar de ciertos grupos armados, en la utilización de ciertos métodos o medios de combate o en hechos ocurridos en determinadas zonas geográficas.²⁶

La Corte ha destacado además que el conflicto armado colombiano generó

...tanto enfrentamientos armados como situaciones de violencia generalizada de gran intensidad, en donde son frecuentes las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. En ese escenario, la distinción entre víctimas de la violencia generada por delincuencia común o por el conflicto armado no siempre resulta obvia y fácil de realizar.²⁷

Según la Corte, “por ‘delincuencia común’ deben entenderse aquellas conductas que [...] no se desenvuelvan dentro del conflicto armado interno”.²⁸ Y, respecto de cómo distinguir la delincuencia común de actos cometidos en ocasión del conflicto armado, dispuso:

...existen elementos objetivos que permiten encuadrar ciertas conductas dentro del conflicto, y hay extremos en los que, por el contrario, también resulta claro que se está frente a actos de delincuencia común no cubiertos por las previsiones de la ley. En el medio existen zonas grises, que no es posible predeterminar de antemano.²⁹

Además, la Corte ha señalado que es imposible fijar en abstracto

25 Corte Constitucional. Sentencia C-781 de 2012, M. P. María Victoria Calle Correa.

26 *Ibid.*

27 *Ibid.*

28 Corte Constitucional. Sentencia C-253A de 2012, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

29 Corte Constitucional. Sentencia C-781 de 2012, M. P. María Victoria Calle Correa.

...criterios objetivos para determinar cuándo se está ante una situación completamente ajena al conflicto armado interno [...] sino que con frecuencia la complejidad del fenómeno exige que en cada caso concreto se evalúe el contexto en que se producen tales acciones y se valoren distintos elementos para determinar si existe una relación necesaria y razonable con el conflicto armado interno. [Esto] obliga al juez a examinar en cada caso concreto las circunstancias en que se ha producido una grave violación de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, el contexto del fenómeno social, para determinar si existe una relación cercana y suficiente con el conflicto armado interno como vínculo de causalidad necesario para establecer la condición de víctima al amparo de la Ley 1448 de 2011.³⁰

Por tanto, el análisis debe llevarse a cabo teniendo en cuenta el propósito de promover “la efectividad del objetivo protector de la ley [sin desconocer] que el régimen excepcional en ella previsto no puede desplazar todo el sistema judicial”³¹ ordinario.

De la jurisprudencia de la Corte Constitucional se pueden entonces deducir los siguientes principios para la definición del concepto de participación directa o indirecta en el conflicto que sea relevante para la actuación de la JEP: i) hay que adoptar una concepción amplia del conflicto armado, pues este no se agota en la confrontación directa entre los actores armados; ii) existen zonas grises entre la delincuencia común y los hechos que responden al conflicto armado; por lo cual iii) es necesario acudir a los casos concretos para decidir si la conducta responde o fue cometida en el marco del conflicto armado. En otras palabras, no hay posibilidad de plantear una regla general aplicable a todos los casos.

¿Cómo se pueden aplicar estos principios a terceros civiles? Primero, parece claro que, para entrar en la competencia de la JEP, no es necesario que los terceros civiles hayan cometido violaciones de derechos humanos o del derecho internacional humanitario con sus propias manos, como autores principales. Si fuera de otra manera, la inclusión de terceros en el SIVJRGR no tendría mucha relevancia, ya que en el contexto del conflicto el gran volumen de los crímenes fue cometido por combatientes y la participación de terceros fue por actos de financiación u otro tipo de colaboración. En la gran mayoría de los casos, tanto los

30 *Ibid.*

31 *Ibid.*

crímenes cometidos por los combatientes como los actos de participación de terceros en ellos se realizaron en el contexto y en razón del conflicto.

Por ejemplo, la financiación de paramilitares o de la guerrilla, así como las violaciones facilitadas por esta, tuvieron un vínculo estrecho con el conflicto. El análisis de las sentencias de Justicia y Paz muestra muchos casos en los que los bloques paramilitares fueron financiados por actores económicos.³² En esta línea, el Acuerdo menciona específicamente la financiación de paramilitares como ejemplo de una conducta que puede ser calificada como participación directa o indirecta con el conflicto (num. 32). En los otros actos emblemáticos de participación, como sería prestar apoyo logístico a los grupos armados, o en el contexto de despojo de tierras, también existe una relación estrecha con el conflicto. En todos estos casos, el análisis caso por caso exigido por la Corte Constitucional demostraría que “la existencia del conflicto armado haya sido la causa de su comisión, o haya jugado un papel sustancial en la capacidad del perpetrador para cometer la conducta punible, en su decisión de cometerla, en la manera en que fue cometida o en el objetivo para el cual se cometió”.

Sin embargo, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP, después de analizar la jurisprudencia nacional e internacional al respecto, concluyó que para un análisis riguroso del vínculo de un delito o una conducta con el conflicto a la luz del AL 01/2017 deben tenerse en cuenta los siguientes criterios:

1. Si el conflicto armado le dio al perpetrador la habilidad de cometer el crimen.
2. Si el conflicto armado influyó sustancialmente en la decisión de cometerlo.
3. Si el conflicto determinó o permitió la comisión del crimen.
4. Si el conflicto estableció el objetivo que se proponía el perpetrador.

32 Por ejemplo, en la sentencia contra Jesús Ignacio Roldán Pérez, alias Monoleche, el tribunal destaca que “el bloque Calima se financió con los aportes de industriales, ganaderos, comerciantes, harineros, empresarios de los ingenios de azúcar”, otra parte con los aportes provenientes del narcotráfico (Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 9 de diciembre de 2014; condena de Jesús Ignacio Roldán Pérez, alias Monoleche, M. P. Rubén Darío Pinilla Cogollo, p. 390.

5. Si el perpetrador actuó con el fin único de beneficiarse personalmente.³³

Estos criterios provienen del artículo transitorio 23 del AL 01/2017 que define la competencia de la JEP sobre los miembros de la Fuerza Pública y no sobre los terceros.

Es cierto que dichos criterios reflejan en su gran mayoría elementos muy parecidos a los que se derivan del análisis de la jurisprudencia internacional y nacional. El único criterio que no se encuentra en ninguna de las fuentes jurisprudenciales presentadas por la Sala es el del “fin único” de beneficiarse personalmente. Ya explicamos por qué la exclusión de la competencia de la JEP sobre actores económicos en analogía a los criterios específicos establecidos para agentes del Estado y miembros de la fuerza pública es equivocada. En el contexto de la discusión de la definición del criterio de la participación directa o indirecta en el conflicto, es importante agregar que también es erróneo considerar, como lo hace la Sala, que en estos casos no existe un vínculo con el conflicto, sino que se trata, más bien, de actos de delincuencia común.

Ya expusimos que en el caso de actores económicos, la motivación de su participación directa o indirecta en el conflicto habrá sido regularmente la de obtener beneficios económicos, o avanzar intereses personales, incluso cuando la afinidad ideológica con los paramilitares pudiera haber sido una razón complementaria para prestarles apoyo financiero. Excluir todos estos casos *a priori* de la competencia de la JEP por tratarse de participación en crímenes comunes contravendría lo pactado en el AFP que explícitamente confiere a la JEP la competencia de conocer crímenes de financiación o colaboración con grupos paramilitares (inciso 3 del punto 32 del AFP).

Por consiguiente, conforme a la jurisprudencia internacional y nacional que sirve para determinar si la participación de un tercero tuvo una relación directa o indirecta con el conflicto, esta relación debería orientarse por los criterios desarrollados por la Sala con base en el artículo transitorio 23 del AL 01/2017, con excepción del último, relacionado al solo propósito de beneficiarse personalmente.

33 Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Resolución 000084 del 7 de mayo de 2018, con referencia al artículo transitorio 1 del AL 02/2017, pp. 25-26.

Entonces, para determinar en casos de financiación y otro tipo de colaboración por parte de actores económicos si las conductas relevantes tenían una relación directa o indirecta con el conflicto armado, teniendo en cuenta la interpretación amplia de este concepto y el análisis caso por caso sugerido por la jurisprudencia nacional e internacional, la JEP tiene que estudiar las circunstancias de cada caso para determinar, a pesar del propósito de alcanzar intereses económicos, en qué medida el conflicto facilitó o determinó la conducta e influyó en la decisión de cometerla.

Lo mismo se aplica a otras conductas de participación, como el despojo de tierras, bien sea en casos de despojo por iniciativa de terceros, o en algunos de los casos en los cuales terceros se beneficiaron por el despojo, o de otro tipo de involucramiento por parte de terceros civiles. Mientras hay un vínculo claro y estrecho con el conflicto en estos casos, muy probablemente en la gran mayoría de casos el motivo principal detrás de la participación de terceros en los crímenes de los combatientes habrá sido personal o económico.

El vínculo con el conflicto parece menos obvio en los casos de asesinatos de sindicalistas por instigación de empresarios. Sin embargo, en estos se podría decir que sin la existencia del conflicto armado habría sido difícil o hasta imposible usar a miembros de grupos armados para la comisión de tales crímenes a gran escala, por lo cual se puede establecer un vínculo con el conflicto. Incluir estas conductas de empresas en la competencia de la JEP es importante para lograr la rendición de cuentas para todos los crímenes cometidos en el contexto del conflicto. Solo de esta manera se pueden evitar los problemas que tuvo la jurisdicción de Justicia y Paz que se aplicó solamente a los paramilitares desmovilizados y limitó las sanciones alternativas para ellos, con la consecuencia de que se dio un trato más benigno al paramilitar que cometió el asesinato, en comparación con el trato que la justicia ordinaria daría al empresario, quien lo determinó.

Así las cosas, al aplicar la lógica de las sentencias de la Corte Constitucional, es recomendable emplear una interpretación amplia del concepto de participación directa e indirecta en el conflicto respecto a los terceros civiles, basada en un análisis caso por caso, y solamente excluir aquellos en los que no se puede mostrar un vínculo con el conflicto, pero no casos en los cuales la participación fue primeramente motivada por razones económicas.

CAPÍTULO 5

Parámetros para responsabilizar actores económicos en el derecho internacional aplicados al sistema de justicia colombiano

Esta parte ha estado centrada en explicar la existencia de estándares y prácticas de derecho penal internacional que tratan temas de relevancia para la develación del rol de los actores económicos en el conflicto. Ahora resulta relevante demostrar por qué estos conceptos de derecho internacional pueden informar la práctica jurídico-judicial en el país y coadyuvar en una agenda de no impunidad concreta.

El ordenamiento jurídico colombiano es altamente permeable a la incorporación de teorías, posturas y normas de derecho internacional suave y duro. Esto se debe, especialmente, a la teoría del bloque de constitucionalidad, propiciada por la Asamblea Nacional Constituyente y desarrollada de manera profusa por la Corte Constitucional. Otras Altas Cortes, especialmente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Sección Tercera del Consejo de Estado, han hecho uso de ella en los últimos tiempos.

Adicionalmente, el Acuerdo Final trae una provisión, materializada en el artículo 5 del Acto Legislativo 01 de 2017, según la cual el derecho penal internacional es una fuente de aplicación directa de derecho para el ejercicio de la JEP. Esto le otorga una especial relevancia a lo aquí explicado y le da un piso jurídico sólido a su utilización en el marco de la investigación, el juzgamiento y la sanción de delitos cometidos en el marco del conflicto armado interno con anterioridad al 1 de diciembre de 2016.

Esa dualidad entre lo que es posible en la justicia ordinaria y lo que se ha establecido para la JEP responde a la decisión de la Corte Constitucional de prohibir la persecución oficiosa de crímenes cometidos por actores económicos en el marco del conflicto armado dentro de esta Jurisdicción. Así, en este apartado se explicarán las dos formas de incorporación del derecho penal internacional. Primero se abordará la forma en que la JEP podría y

debería utilizar estas figuras y, posteriormente, se explicarán los dispositivos existentes que permitirían a la jurisdicción ordinaria nutrirse de las mismas y fortalecer una agenda de no impunidad. Pero, antes que nada, es necesario explicar el contenido y alcance de los principios de culpabilidad y legalidad en materia penal en Colombia, pues estos serán los que marquen el límite para la utilización del derecho internacional al realizar imputaciones de índole criminal.

El principio de legalidad en materia penal en Colombia

El principio de legalidad ha sido entendido de dos maneras en Colombia. En primer lugar, se ha dicho que se erige como el principio rector del ejercicio del poder estatal en un Estado de derecho, de forma que “no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido de forma expresa, clara y precisa en la ley”.¹ Y, como desarrollo de este, se ha entendido también que “define la relación entre el individuo y el Estado al prescribir que el uso del poder de coerción será legítimo solamente si está previamente autorizado por la ley”.² Es decir, tiene una doble faceta, la de habilitación para el ejercicio de la autoridad pública y, en términos penales, la de garantía contra el ejercicio arbitrario del poder punitivo estatal.

La utilización de criterios de derecho penal internacional para llevar a cabo atribuciones jurídico-penales puede tener incidencia en la efectividad de la segunda manifestación del principio de legalidad arriba descrito. Ello por cuanto acudir a criterios diferentes a los establecidos en las normas penales internas vigentes al momento de la comisión de los delitos revelaría un problema de adecuación de la decisión judicial a las garantías judiciales del procesado. Este es el asunto que se busca aclarar con la explicación del alcance y contenido del principio de legalidad en materia penal en Colombia.

1 Corte Constitucional. Sentencia C-710 de 2001, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

2 *Ibid.*

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia establece que el debido proceso es un derecho fundamental, aplicable a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Dicho enunciado contiene diversas normas jurídicas, es decir, es posible extraer distintos significados en términos deónticos: de mandato, prohibición o autorización. Los relacionados con el ejercicio del poder sancionatorio del Estado se encuentran del inciso segundo en adelante, de la siguiente manera:

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable (Constitución Política de Colombia, 1991).

Como se explicó, del artículo 29 constitucional es posible derivar diversas normas jurídicas, las que se refieren al principio de legalidad y a la limitación del ejercicio del poder sancionatorio han sido aisladas por la Corte Constitucional así:

- No es posible considerar delictiva una conducta que no ha sido expresa y previamente declarada como tal por la ley.
- No se puede aplicar una pena que no haya sido adscrita de forma previa a una conducta delictiva específica.
- La ley penal solo puede ser aplicada por el operador judicial determinado de manera previa por la misma ley para el efecto.
- Nadie puede ser condenado sin haberse surtido el procedimiento establecido en la ley para ello.³

Dentro de los cuatro enunciados la ley es protagonista, pues es el vehículo a través del cual se moviliza el poder sancionatorio del Estado. Así, es necesario definir qué se entiende por ley a efectos de un análisis de legalidad penal. Este asunto ha sido abordado por la Corte Constitucional, que definió de manera clara que “solo el legislador puede establecer hechos punibles y señalar las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en ellos. Un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción

3 Corte Constitucional. Sentencia C-739 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz; citando a Luis Jiménez de Asúa.

si no existe una ley que así lo señale”.⁴ En ese orden de ideas, se debe utilizar el sentido estricto de la acepción “ley”, aquel que la señala como la manifestación de la facultad legislativa, que en Colombia solo recae en el Congreso de la República.⁵

Así, la Constitución y la jurisprudencia constitucional han sido claras en establecer que en Colombia solo es posible condenar a una persona por la comisión de una conducta establecida de manera previa, estricta y escrita en la ley.

Esto en principio parecería restringir a la ley la fuente formal de la que derivan los delitos, pero surge un problema conceptual cuando se trata con hechos que pueden configurar crímenes internacionales en los términos del derecho penal internacional. Ninguno de los códigos penales que han regido durante el conflicto armado interno colombiano⁶ incluyen categorías de derecho penal internacional, ni siquiera los *core crimes*, a excepción del genocidio, incluido en la Ley 599 de 2000.⁷ Aunque a partir de esa misma ley se cuenta con un título dedicado a los delitos contra el derecho internacional humanitario, este no utiliza la categoría “crímenes de guerra”.⁸ Colombia se encuentra vinculada por diversos instrumentos de derecho internacional que la obligan, *prima facie*, a investigar, juzgar y sancionar a quienes cometieran crímenes internacionales y graves violaciones de derechos humanos, entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; asunto que ya fue tratado en el presente capítulo.

4 Corte Constitucional. Sentencia C-133 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

5 Esto, en oposición a la ley en sentido material, que la Corte Constitucional ha entendido que comprende “todas las normas i) adoptadas por las autoridades a quienes el ordenamiento jurídico les reconoce competencias para el efecto y ii) siguiendo el procedimiento o las formas fijadas con ese propósito”. Ver, Corte Constitucional. Sentencia C-284 de 2015, M. P. Mauricio González Cuervo.

6 Véase Decreto Ley 100 de 1980; Ley 599 de 2000.

7 Véase Congreso de la República de Colombia. Ley 599 de 2000, artículo 101.

8 Véase Congreso de la República de Colombia. Ley 599 de 2000, artículos 135 y siguientes.

Así, se presenta una colisión entre, por un lado, el principio de legalidad en materia penal, que es considerado un derecho fundamental de toda persona bajo la jurisdicción colombiana y, por el otro, la obligación de investigar, juzgar y sancionar los crímenes internacionales y las graves violaciones de derechos humanos, que es también una manifestación del derecho fundamental de las víctimas a la justicia.⁹ Esto específicamente en los casos en que una conducta no está contenida en una ley colombiana, pero sí es considerada crimen internacional; o en aquellos en que el delito base sí aparece pero su calificación como crimen internacional es inviable. Por ejemplo, el homicidio generalizado y sistemático de defensores y defensoras de derechos humanos en el marco de una política o plan, no solo sería considerado homicidio agravado, de conformidad con la ley colombiana, sino que tendría que calificarse como crimen de lesa humanidad. No obstante, en Colombia, dentro de la ley penal, esta categoría no existe, por lo que, en principio, solo podría imputarse el homicidio agravado.

La jurisprudencia colombiana ha utilizado varios dispositivos jurídicos para superar dicha colisión y evitar situaciones como la descrita anteriormente. Todos bajo la estricta asunción de que no es posible obviar uno de los dos extremos, es decir, no es dable eliminar el principio de legalidad en aras del cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado o, de contera, no garantizar el derecho de las víctimas a la justicia y las obligaciones internacionales del Estado por cumplir con un principio de legalidad estricto. A continuación se explicarán dos de estos mecanismos, uno es el de la consagración directa de la posibilidad de utilizar el derecho penal internacional para llevar a cabo calificaciones jurídico-penales, aplicable a la JEP; el otro es la utilización de la teoría del bloque de constitucionalidad y la flexibilización del principio de legalidad por parte de la jurisdicción ordinaria.

Utilización del derecho penal internacional por parte de la JEP

La forma en que el AFP buscó superar la colisión entre las obligaciones internacionales del Estado y el principio de legalidad fue

9 Véase Corte Constitucional. Sentencia T-595 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

a través de una consagración directa de la posibilidad de utilizar el derecho penal internacional al interior de la JEP. Así, el párrafo 19 del punto 5 establece que

...para los efectos del SIVJNR [Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición], los marcos jurídicos de referencia incluyen principalmente el Derecho Internacional en materia de derechos humanos (DIDH) y el derecho internacional humanitario (DIH). Las secciones del Tribunal para la Paz, las Salas y la Unidad de Investigación y Acusación, al adoptar sus resoluciones o sentencias harán una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará en el Código Penal colombiano y/o en las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos (DIDH), derecho internacional humanitario (DIH) o derecho penal internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad.

Esta parte del Acuerdo fue plasmada luego en la reforma constitucional que creó el SIVJNR, en los siguientes términos:

La JEP al adoptar sus resoluciones o sentencias hará una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará en el Código Penal Colombiano y/o en las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos (DIDH), derecho internacional humanitario (DIH) o derecho penal internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad.¹⁰

A partir de la entrada en vigencia de este Acto Legislativo existe en Colombia una autorización constitucional expresa para utilizar criterios de derecho penal internacional a fin de realizar calificaciones jurídico-penales, aunque solo en el marco de los procesos que se lleven ante la JEP. Esta norma ya fue revisada por la Corte Constitucional, de acuerdo con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2016, y no fue declarada inexecutable¹¹ o condicionada su exequibilidad, por lo que es posible asumir que esta es aplicable plenamente.

Esto no significa que el derecho penal internacional deba ser aplicado para hechos cometidos a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2017. Todo lo contrario, la autorización para

¹⁰ Acto Legislativo 01 de 2017, artículo 5.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-674 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

utilizar estos criterios amplía el espectro de posibilidades de la JEP hacia la totalidad del derecho penal internacional. Este tiene consagrados crímenes internacionales, por lo menos, desde la confirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Núremberg en 1946, a través de la Resolución 95(I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, reconocidos como derecho internacional consuetudinario por la Corte Internacional de Justicia (CIJ)¹² y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.¹³ Mientras que el ICTY, en el caso Tadic, expresamente afirmó que a partir de la Carta de Núremberg la prohibición de cometer crímenes contra la humanidad y la atribución de responsabilidades internacionales por su comisión, entendida como derecho consuetudinario, no había sido discutida de forma seria¹⁴ (Scharf, 2014).

Es decir, las obligaciones internacionales de Colombia en materia de derecho penal internacional pueden ser rastreadas por lo menos hasta la confirmación de los Principios de Núremberg como costumbre internacional, como se explicó. Es decir, desde 1946, con la formación de la costumbre internacional relativa a la prohibición de crímenes contra la humanidad y de guerra, Colombia cuenta con una tipificación rudimentaria de crímenes internacionales.

Esto no significa que los delitos cometidos en vigencia de los Principios de Núremberg deban ser juzgados bajo ese parámetro únicamente. La regulación que se presenta allí, específicamente la tipificación de los crímenes internacionales, es bastante rudimentaria y no sería suficiente para llevar a cabo adecuaciones típicas en el contexto colombiano. En ese entendido, la costumbre generada a partir de 1946 debe entenderse como evolutiva y, en ese entendido, se deben utilizar los últimos avances en materia de crímenes internacionales. Esto soluciona, en parte, el problema de temporalidad en la consagración de crímenes internacionales durante el conflicto armado interno colombiano. Si la costumbre de Núremberg se consolidó a partir de 1946, no hay un periodo, o

12 Véase ICJ. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in Occupied Palestinian Territory*. Advisory Opinion (July 9, 2004).

13 Véase ECHR. *Kolk and Kislyiy v. Estonia*. Decision on Admissibility (January 17, 2006).

14 Véase ICTY. *Prosecutor v. Tadic*. Opinion and judgment, para. 623 (May 7, 1997).

este sería muy corto, en el que no existiera una tipificación, por lo menos rudimentaria, de crímenes internacionales para Colombia.

Así las cosas, con la propuesta de armonización aquí presentada, queda claro que la JEP tiene la posibilidad, por autorización normativa explícita, de aplicar normas de derecho penal internacional sin que tengan que cumplir con la reserva de ley que es connatural al principio de legalidad. Esto se extiende, como es natural, a la posibilidad de acudir a pronunciamientos de tribunales internacionales especializados en la aplicación del derecho penal internacional, por cuanto la Corte Constitucional ha reconocido que estos expresan la interpretación auténtica de los instrumentos que les dan origen¹⁵ y que serían utilizados por la JEP como pauta hermenéutica relevante, sin que fueran completamente vinculantes, ni siquiera en el sentido del precedente judicial relativo.

Utilización del derecho penal internacional por parte de la jurisdicción ordinaria

Por su parte, la jurisdicción ordinaria no cuenta con una autorización constitucional expresa para aplicar criterios de derecho penal internacional como la que le otorga el artículo 5 del Acto Legislativo 01 de 2017 a la JEP. No obstante, es común la utilización tanto de instrumentos internacionales como de las interpretaciones que de ellos hacen sus órganos autorizados; esto ha sido posible, en principio, gracias a la aplicación de la teoría del bloque de constitucionalidad. En este apartado se explicará cómo opera y por qué habilita para la utilización de los criterios arriba explicados.

La Constitución Política de Colombia de 1991 no es un código completamente cerrado de normas jurídicas escritas; existen normas constitucionales o supraleales que no aparecen en el texto pero que son incorporadas al mismo mediante remisiones expresas o tácitas (Uprimny, 2008, p. 31). Así,

...el bloque de constitucionalidad es entonces un intento por sistematizar jurídicamente este fenómeno, según el cual las normas materialmente constitucionales –esto es, con fuerza constitucional– son

15 Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales –esto es, aquellas que son expresamente mencionadas por el articulado constitucional–. Por ende, el bloque de constitucionalidad es compatible con la idea de Constitución escrita y con la supremacía de la misma, por cuanto es por imperio de cláusulas remisorias de la propia Constitución que normas ajenas a su articulado comparten su misma fuerza normativa (p. 32).

La Corte Constitucional ha dividido el bloque de constitucionalidad –entendido como el contenedor de todas las normas de rango constitucional que están vigentes en Colombia– en dos grandes grupos.¹⁶ El bloque en sentido estricto está conformado por las normas que no hacen parte del articulado constitucional pero que, por expresa disposición de la Constitución, comparten su jerarquía normativa. Allí se encuentran las siguientes:

- El Preámbulo de la Constitución Política de 1991.
- Algunos convenios internacionales del trabajo que han sido ratificados por Colombia, en virtud del artículo 51 de la Constitución.¹⁷
- Los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que reconozcan derechos humanos y prohíban su limitación en estados de excepción, en virtud del artículo 93 de la Constitución.
- Los derechos innominados o inherentes a la persona humana, en virtud del artículo 94 de la Constitución.
- Los tratados internacionales que determinen los límites del territorio colombiano, en virtud del artículo 101 de la Constitución.
- El derecho internacional humanitario, en virtud del artículo 214 de la Constitución.

Estas normas comparten la jerarquía normativa de la Constitución Política de Colombia y, por tanto, son aplicables de manera directa por disposición del artículo 4 de la misma,¹⁸ especialmente en ámbitos jurisdiccionales.

16 Corte Constitucional. Sentencia C-327 de 2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

17 Corte Constitucional. Sentencia C-401 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Vargas.

18 Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Por el otro lado está el bloque de constitucionalidad en sentido lato, que está conformado por “aquellas disposiciones que tienen un rango normativo superior al de las leyes ordinarias, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven de referente necesario para la creación legal y para el control constitucional”,¹⁹ a las cuales se suman los tratados internacionales que reconocen derechos humanos que pueden ser limitados en estados de excepción.²⁰ Estas normas no tienen la jerarquía exacta de la Constitución, pero sirven de parámetro de validez de otras normas, es decir, su peso normativo es suprallegal.

Dentro del listado de normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, tanto en sentido lato como estricto, no aparecen, a primera vista, las que se refieren al derecho penal internacional. Solamente hay menciones al derecho internacional de los derechos humanos, al derecho internacional del trabajo y al derecho internacional humanitario. No obstante, la Corte Constitucional ha sido clara al establecer que “hacen parte del bloque de constitucionalidad aquellos instrumentos de derecho penal internacional aprobados por Colombia, que guardan una relación directa con la protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, lo que desde luego debe ser analizado caso a caso”.²¹

Así, la incorporación de una norma de derecho penal internacional al bloque de constitucionalidad se debe a la virtualidad que tenga de proteger derechos humanos o de dar aplicación al derecho internacional humanitario. Razón por la cual, por ejemplo, la Corte Constitucional ha determinado que el artículo 6 del Estatuto de Roma, contentivo de la descripción del crimen internacional de genocidio, hace parte del bloque en sentido estricto, no porque “el precepto haga parte de dicho estatuto, sino porque la regulación puntual de esa norma se ajusta a los parámetros consagrados en los artículos 93 y 214-2 de la Constitución, que

19 Corte Constitucional. Sentencia C-582 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

20 Corte Constitucional. Sentencia C-191 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

21 Corte Constitucional. Sentencia C-488 de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

además recoge integralmente el contenido de la Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio”.²² Asimismo, han sido utilizadas como parámetro para el control de constitucionalidad las siguientes disposiciones del mismo Estatuto de Roma:

...el Preámbulo (C-928 de 2005); el artículo 6, referido al crimen de genocidio (C-488 de 2009); artículo 7, relacionado con los crímenes de lesa humanidad (C-1076 de 2002; artículo 8, mediante el cual se tipifican los crímenes de guerra (C-291 de 2007, C-172 de 2004 y C-871 de 2003); al igual que los artículos 19.3, 65.4, 68, 75 y 82.4, concernientes a los derechos de las víctimas (C-936 de 2010).²³

El razonamiento aplicado al Estatuto de Roma puede ser extendido a los demás instrumentos de derecho penal internacional relevantes para Colombia. Para su inclusión en el bloque de constitucionalidad es necesario llevar a cabo un ejercicio de conexidad entre la norma analizada y lo dispuesto en los artículos 93 o 214 de la Constitución, análisis que se debe realizar caso a caso. Pero siempre bajo la consideración de que la jurisprudencia de la Corte Constitucional es vinculante y, por tanto, las pautas que ya ha dictado difícilmente pueden obviarse.

En los escenarios que fundamentan este texto sería posible verificar la posible comisión de crímenes internacionales por parte de actores económicos en el marco del conflicto armado interno colombiano. Como se explicó, esto implica dificultades desde el punto de vista del principio de legalidad, pues ninguno de los códigos penales vigentes durante la confrontación ha tipificado de manera expresa los crímenes de lesa humanidad o los de guerra y, solo hasta el 2000, aparece el de genocidio. Pero además, tiene relevancia también la dogmática que rodea a la correcta aplicación de dichos tipos penales, para lo cual se debe acudir a su intérprete natural, es decir, a la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales.

Este problema se manifestó de forma reiterada en el ejercicio jurisdiccional penal, especialmente con ocasión de la investigación, el juzgamiento y la sanción de los crímenes cometidos por los paramilitares. El abordaje del mismo fue a través de la teoría

²² *Ibid.*

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-290 de 2012, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

del bloque de constitucionalidad antes explicada, y a partir de una flexibilización del principio de legalidad. En ese entendido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia explicó que

...conforme al bloque de constitucionalidad [...] que otorga prevalencia superior a los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, el ordenamiento jurídico interno de nuestro país debe adecuarse a los principios que, se ha predicado, son de carácter internacional y que orientan las políticas en materia de protección de derechos humanos y sanción por sus violaciones a través de las instituciones estatales establecidas para tal fin [...]. En este entendido, no puede ser aceptable que por la negligencia o dificultad legislativa en promulgar leyes internas que se hubiesen adecuado a dichos derroteros, se pretenda desconocer que a nivel internacional, previo a dicho trámite, ya se había proscrito la comisión del genocidio y se le había categorizado como un crimen atroz desconocedor de la humanidad, así como que su investigación puede hacerse en cualquier tiempo y, en razón de ello, no aplican reglas ni términos de prescripción respecto del ejercicio de la acción penal, civil o administrativa.²⁴

Esta flexibilización solo opera para adjudicaciones relacionadas con crímenes internacionales,²⁵ pero ni la Corte Constitucional ni la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la han restringido únicamente a la definición textual de los mismos. Es decir, es posible no solo referirse a los instrumentos que definen los crímenes sino a la dogmática que han construido los tribunales penales internacionales al aplicarlos y llevar a cabo juicios de derecho penal interno con base en los mismos.

Esto abre el abanico de posibilidades de utilización de criterios de derecho penal internacional por parte de los jueces penales ordinarios y la Fiscalía General de la Nación, sin traspasar la frontera que significa el principio de legalidad, en el entendido de que este ha sido flexibilizado en los eventos arriba mencionados.

24 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 33118 del 15 de mayo de 2013.

25 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 33039 del 16 de diciembre de 2010; Corte IDH. Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, No. 341, párr. 206.

CAPÍTULO 6

Consideraciones acerca del estudio de la responsabilidad de actores económicos por parte de la JEP y la jurisdicción ordinaria

En este capítulo presentamos algunas consideraciones acerca de una estrategia de persecución jurídica de actores económicos por su rol en el conflicto armado. El objetivo de este análisis es estudiar con detalle cómo se puede documentar e investigar la responsabilidad penal de estos actores en el sistema de competencia paralela entre la JEP y la justicia ordinaria, aplicando la normativa del derecho penal colombiano a estos casos, conforme a los estándares internacionales, y teniendo en cuenta las experiencias –logros y desafíos– del sistema de Justicia y Paz.

Quizás el desafío más grande, tanto para la JEP como para la jurisdicción ordinaria, será definir cómo, y bajo qué criterios, establecer la responsabilidad penal de actores económicos por su rol en los crímenes cometidos en el conflicto. En Colombia existe mucha polémica sobre si es oportuno examinar la responsabilidad penal de actores económicos por su papel en el conflicto, ya que muchos se percibieron como víctimas y no victimarios. Además, algunos han considerado injusta la posibilidad de perseguir penalmente a terceros por su responsabilidad en el conflicto cuando en el mismo momento se les concedió la más amplia amnistía a los miembros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP).¹

Esto, a pesar de que el Acuerdo establecía la competencia punitiva de la JEP solamente en casos de una participación activa o determinante en los crímenes no amnistiables y que con la sentencia de la Corte Constitucional el sometimiento a la JEP es estrictamente voluntario para los actores económicos. Por esto,

1 Esto ha sido ampliamente recogido en la prensa nacional; véase, por ejemplo, Amat (2017).

dada la controversia pública sobre la responsabilidad penal de los terceros civiles, y la resistencia de sectores poderosos a la inclusión de su responsabilidad en la competencia de la JEP, es de suma importancia acercarse a este problema con la más estricta rigurosidad jurídica.

Complica la evaluación de la participación de actores económicos el hecho de que, en contraste con la responsabilidad penal de la gran mayoría de los otros actores del conflicto, su responsabilidad usualmente no ocurre por haber cometido crímenes con sus propias manos, sino por haber participado en crímenes cometidos por miembros de los grupos armados. Esta participación puede darse por una multitud de formas y niveles de gravedad que varían desde un plan común y una división de roles en la comisión del crimen, pasan por la instigación a otro a cometerlo, y terminan en aportes mínimos que, sin embargo, pueden haber asistido en la comisión de los crímenes. Analizar la responsabilidad de actores económicos entonces requiere claridad sobre las formas de su participación (autoría, determinación, complicidad), así como sobre los criterios según los cuales se determina si un actor económico tiene responsabilidad por crímenes cometidos por los grupos armados.

En lo que sigue presentaremos un resumen de los principios de imputación en el Código Penal y reflexiones sobre cómo estos se podrían aplicar al caso de actores económicos. A esto se agregan reflexiones sobre cómo aplicar el derecho colombiano conforme a los estándares internacionales, temas que tienen relevancia tanto para la JEP como para la jurisdicción ordinaria. También presentaremos consideraciones especialmente relevantes para el trabajo de la JEP alrededor de cómo definir los grados de responsabilidad necesarios para que un actor económico merezca sanciones de la JEP. Otro tema de análisis es la exclusión de responsabilidad en casos en los que no existe culpabilidad porque la participación no fue voluntaria sino más bien producto de coacción. Las reflexiones teóricas sobre estos temas serán seguidas por recomendaciones acerca de cómo aplicar estos criterios a dos casos que, según los hallazgos en la parte empírica de este documento, parecen los más emblemáticos de participación por actores económicos: aportes financieros y despojo.

Derecho penal colombiano

El derecho penal colombiano distingue entre autoría y participación. Respecto a la autoría, existen los conceptos de autoría directa y coautoría (Código Penal, art. 29). En cuanto a la participación, el artículo 30 distingue entre determinador (quien determina a otro a realizar la conducta antijurídica) y cómplice (quien contribuye a la realización de la conducta antijurídica o presta una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma). Los cómplices son sancionados con una pena disminuida: de una sexta parte a la mitad de la pena prevista para la correspondiente infracción. Por otro lado, tanto los autores de cualquier categoría, como los determinadores, reciben la pena completa prevista para la infracción.

Coautoría

La doctrina colombiana distingue la coautoría de la complicidad mediante dos factores: la intensidad y la indispensabilidad del aporte al delito cometido. La coautoría requiere un plan común con división del trabajo o acumulación de esfuerzos que permite hablar de una acción conjunta formada por actos parciales. Los coautores, por virtud del acuerdo, ejercen control en parte y en todo, y el aporte de cada uno deberá ser una contribución importante, pues si la ayuda resulta secundaria o accesoria no podrá hablarse de coautoría sino de complicidad.²

Otro elemento de la coautoría es el dominio del hecho. El dominio del coautor es funcional pues resulta de una tarea que a este se le ha atribuido en el marco del plan común. En consecuencia, coautor es “aquel interviniente cuya aportación en fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la consecución del resultado perseguido, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se derrumba el plan”.³

Es decir, el aporte de un actor económico al crimen cometido debe ser de cierta intensidad y, de hecho, indispensable para su comisión para que este figure como coautor. Sin embargo, en

2 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 21981 del 18 de febrero de 2004.

3 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia, Aprobada Acta 277 del 2 de diciembre de 2009, p. 15.

muchos casos de participación de actores económicos en los crímenes más graves, será difícil demostrar la indispensabilidad del aporte del tercero. Por ejemplo, en casos de financiamiento, probar que sin los aportes de un tercero individual un crimen específico no se hubiera cometido no será fácil. Es quizás por este requerimiento de causalidad que la coautoría no se ha usado mucho en los contextos de Justicia y Paz o parapolítica para vincular a terceros a los crímenes, fuera de coautoría mediata o de concierto para delinquir.

Por su parte, la coautoría impropia como variación del concepto de coautoría anteriormente explicado supone el común acuerdo de varias personas para realizar un aporte sustancial en la consumación de la conducta punible. De tal manera que cada uno de estos aportes se vuelve parte fundamental de la materialización efectiva y total del delito, y los involucrados asumen de manera individual el resultado de esta conducta como propia. Bajo la figura de coautoría impropia se entienden como coautores a los individuos que participaron en la configuración de la conducta, sin importar que su obrar particular no se ajuste a los elementos típicos del respectivo delito.⁴

Es decir, bajo la figura de coautoría propia cada una de las personas que participan en la comisión de la conducta realiza acciones ejecutivas típicas. Mientras que en la coautoría impropia, y debido a la división y distribución de tareas, no todos los participantes realizan actos ejecutivos o consumativos, es decir conductas consideradas típicas.

En el caso de actores económicos, la aplicación de esta figura implica superar los mismos obstáculos enunciados en el caso de la coautoría propia. El tipo de participación que estos tuvieron en el desarrollo del conflicto (como la financiación de actores armados ilegales) hace que el cumplimiento de los requisitos subjetivos (relativos al acuerdo expreso o tácito para realizar la conducta) y objetivos (relativos a la realización de los actos bajo un fin común) establecidos por la jurisprudencia⁵ sean bastante difíciles de verificar.

4 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia, Aprobada Acta 396 del 23 de noviembre de 2017, p. 28.

5 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia, Aprobada Acta 210 del 15 de diciembre de 2010, p. 21.

Autoría mediata

En los contextos de Justicia y Paz y de parapolítica, una de las figuras jurídicas usadas para vincular la responsabilidad de terceros fue la de la autoría mediata en aparatos organizados de poder. En el contexto de la parapolítica,⁶ la CSJ decidió que, respecto a la participación en los crímenes de grupos paramilitares, la autoría mediata, que normalmente requiere un autor directo que actúa sin responsabilidad penal, se extiende a casos en los que el autor material del crimen es responsable penalmente.⁷

La ocurrencia de la autoría mediata depende de la relación del tercero con el actuar del grupo. La CSJ ha expuesto que comprometen dicha responsabilidad las actividades de fomentar y promover el grupo,⁸ organizar el crimen y desarrollar comportamientos propios de un miembro de la organización,⁹ así como controlar “desde arriba” el aparato de poder, compartiendo el mando con los jefes militares que ejecutaban en el terreno el plan de dominio.¹⁰ Explica la CSJ que:

Ciertamente, cuando se está ante el fenómeno delincucional derivado de estructuras o aparatos de poder organizados, los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes –gestores, patrocinadores, comandantes– a título de autores mediatos, a sus coordinadores en cuanto dominan la función encargada –comandantes, jefes de grupo– a título de coautores; y a los directos ejecutores o subordinados –soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos–, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían ser amparados algunos de ellos con una posición conceptual que conlleve la impunidad.¹¹

Recientemente, en una sentencia de Justicia y Paz, se extendió la figura penal de la autoría mediata a miembros de empresas, gremios de comerciantes y otros que aportaron recursos a grupos paramilitares “para que prestaran sus ‘servicios de seguridad’, e

6 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 32805 del 23 de febrero de 2010; condena de Álvaro Alfonso García Romero.

7 *Ibid.*, p. 84.

8 *Ibid.*, p. 20.

9 *Ibid.*, p. 106.

10 *Ibid.*, p. 108.

11 *Ibid.*

informaran movimientos de personas contra quienes posteriormente tal estructura militar realizó acciones violentas”.¹² Así se propuso aplicar la autoría mediata a “los auspiciadores, patrocinadores, ideadores o fundadores del paramilitarismo”,¹³ aun si no eran miembros de un grupo armado, “si cumplieron determinadas funciones dentro de aquel fenómeno macrocriminal”.¹⁴

Por tanto, el Tribunal de Bogotá concluyó que:

...estos miembros de instituciones u organizaciones, en principio legales, responderían como autores mediatos por los crímenes cometidos [...], ya que desde esa posición de mando y control de sus respectivas organizaciones pudieron tener una importante participación tanto en la ideación y conformación del grupo armado ilegal, como en su asentamiento y consolidación, así como en la ideación, preparación y ejecución de los crímenes ejecutados por el mencionado Bloque.¹⁵

No obstante, esta ampliación de la responsabilidad de actores económicos por autoría mediata fue rechazada enfáticamente por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema. La Corte destacó que “estar inmerso en un contexto de macrocriminalidad no releva al ente acusador de acreditar individualmente la responsabilidad penal por tener la carga de la prueba”.¹⁶ Las afirmaciones del Tribunal “resultan genéricas y no ostentan el rigor propio de las decisiones judiciales [...] confunden al ubicar en un mismo nivel, sin mayor precisión ni discernimiento, a múltiples instituciones, funcionarios e integrantes de la sociedad civil”.¹⁷ Recordó la Corte

...que la responsabilidad penal recae sobre personas naturales debidamente individualizadas e identificadas en relación con un hecho concreto que han realizado consciente y voluntariamente [...] En el evento examinado, no se sabe respecto de cuál funcionario pregona

12 Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz, Radicado 11001600253200680008 N.I. 1821, M. P. Alexandra Valencia Molina, párr. 558.

13 *Ibid.*, párr. 562.

14 *Ibid.*

15 *Ibid.*, párr. 568.

16 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 45463 del 25 de noviembre de 2015; condena de Salvatore Mancuso, p. 142.

17 *Ibid.*, p. 151.

el *a quo* la autoría mediata ni por cuáles de los múltiples hechos sancionados.¹⁸

Esto señala un desafío importante para la JEP y la jurisdicción ordinaria en casos contra actores económicos: para condenarlos por autoría mediata es preciso demostrar un vínculo concreto entre el tercero civil individual y el crimen cometido.¹⁹ Parecería que solo se puede dispensar este requerimiento si queda probado que el tercero civil formaba parte de la estructura del grupo y, por ende, se asume que tuvo influencia en sus crímenes.

Respecto de cómo se puede determinar si un tercero civil forma parte de un grupo armado y qué tipo de responsabilidad penal resulta de esto es relevante la adición de voto de cuatro magistrados en el proceso contra el exsenador Ricardo Elcure Chacón. Allí los magistrados consideraron que el condenado, pese a figurar como vocero de un partido político, realmente pertenecía a la cúpula de la organización paramilitar y, en esa calidad, participaba del diseño, planificación e impulso de los planes de la organización.²⁰ Los magistrados concluyeron que esto “permite avizorar que el congresista-paramilitar también debe responder penalmente [como autor mediato] por el conjunto de crímenes que se le atribuyen a los comandantes o jefes de los bloques, frentes o unidades que hacían parte de la asociación criminal”.²¹

Determinación

Según la CSJ, “el determinador [...] es aquella persona que por cualquier medio, incide en otro y hace surgir en el autor determinado la decisión de realizar la conducta punible”.²² En varios fallos de parapolítica, la Corte Suprema condenó a políticos no solamente como autores mediatos y coautores del concierto para delinquir agravado, sino también en calidad de *determinadores*

18 *Ibid.*, p. 152.

19 Véase también Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto Interlocutorio del proceso 34.248 del 19 de agosto de 2015.

20 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 29640 del 16 de septiembre 16 de 2009, p. 35.

21 *Ibid.*

22 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 29221 del 2 de septiembre de 2009, p. 57.

por provocar la idea y la voluntad criminal de un homicidio cometido por la organización paramilitar.²³

Igualmente, en una sentencia contra varios dueños y directivos de la empresa de transportes Puerto Santander S.A. (Trasan S.A.), dos dueñas de la empresa fueron condenadas no solamente por el delito de concierto para delinquir agravado sino además por determinar a paramilitares a cometer el delito de secuestro extorsivo agravado.²⁴

De esta manera, se confirma que el tercero civil puede incurrir en diversas formas de participación criminal y que el tipo de participación debe ser determinado según su involucramiento en cada crimen.

Otros ejemplos de casos en los que se puede pensar en determinación por parte de actores económicos se encuentran en las sentencias de Justicia y Paz. Por ejemplo, en la sentencia contra Jorge Eliécer Barranco y otros, se hace mención de varios ganaderos que señalaron a otras personas como guerrilleros o como sus secuestradores frente a paramilitares, quienes en consecuencia asesinaron a esas personas.²⁵ Si se puede mostrar que incitaron con el dolo relevante a que paramilitares cometieran esos asesinatos, se tratará de un caso de determinación.

Concierto para delinquir

Dado que el concierto para delinquir es la tipificación del acuerdo para cometer una conducta delictiva, este puede concurrir con las formas de autoría o participación sobre la conducta que se acordó cometer (desplazamiento forzado, homicidio, etc.). Esto hace posible que una persona sea coautora de un concierto para delinquir al acordar que una organización realizará un desplazamiento forzado, pero la misma persona puede ser cómplice, determinadora,

23 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 32805 del 23 de febrero de 2010; condena de Álvaro García Romero; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 32672 del 3 de diciembre de 2009; condena de Salvador Arana Sus.

24 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 16740 del 9 de diciembre de 2014, M. P. María del Rosario González Muñoz, p. 134.

25 Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz, Radicado 110016000253-2006-82689, 23 de abril del 2004, M. P. Rubén Darío Píñilla Cogollo, p. 311.

coautora, etc. del desplazamiento forzado si el crimen acordado se materializa.

Para la CSJ, el concierto para delinquir es el “delito base” en el caso de los paramilitares desmovilizados en los procesos de Justicia y Paz. Es decir, los acusados necesariamente deben ser procesados por ese delito antes de observar las demás conductas derivadas del acuerdo.²⁶

Según el artículo 340 del Código Penal, se agravan las sanciones:

...cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas.

Además, “la pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir”.

De esto se ha inferido que “este punible tiene como características: i) la existencia de un acuerdo de voluntades para la realización de actos delictivos indeterminados; y ii) que el acuerdo no puede ser momentáneo u ocasional, es decir, debe ostentar continuidad y permanencia” (Cardona, 2012, p. 71).

Y, adicionalmente, la CSJ ha declarado el concierto para delinquir agravado como crimen de lesa humanidad cuando el acuerdo se refiere a la comisión de crímenes de lesa humanidad, como en casos de desapariciones forzadas, desplazamientos forzados, entre otros.²⁷

Según la misma Corte,

...para llegar a considerar a los responsables de concierto para delinquir como autores de delitos de lesa humanidad deben estar presentes los siguientes elementos: i) que las actividades públicas de la organización incluyan algunos de los crímenes contra la humanidad; ii) que

26 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto 29560 del 18 de mayo 28 de 2008, M. P. Augusto Ibáñez, p. 22.

27 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto 29472 del 10 de abril 2008, párr. 25.

sus integrantes sean voluntarios; y iii) que la mayoría de los miembros de la organización debieron haber tenido conocimiento o ser conscientes de la naturaleza criminal de la actividad de la organización.²⁸

A los ejemplos de parapolítica ya citados pueden sumarse algunas condenas de actores económicos que demuestran que el concierto puede consistir en un acuerdo sobre crímenes específicos, pero también referirse a una multitud de crímenes definidos de manera abierta y amplia.

Por ejemplo, en una sentencia contra algunos dueños y directivos de la empresa de transportes Trasan S.A., el acuerdo consistió en:

...una alianza ilegal, en virtud de la cual [...] proporcionaron ayudas económicas [inicialmente entregaron \$50.000.000 y luego contribuían mensualmente con la suma de \$10.000.000] a la mencionada organización [el frente Fronteras del bloque Catatumbo], a cambio de favores que comprendían el cobro de deudas a cargo de terceros y a favor de la compañía, así como la solución de inconvenientes laborales con sus empleados y de disputas suscitadas entre los miembros de la familia Acevedo en torno al manejo de la misma.²⁹

Mientras que el concierto abarcó un número de delitos, la sentencia se refirió, en especial, al secuestro de un abogado y ex empleado de la empresa por paramilitares.

Se trata aquí de un caso en el cual se puede mostrar un vínculo claro entre la financiación de un grupo armado y crímenes específicos, ya que el “nexo no se limitó a la simple colaboración económica de la familia Acevedo para la organización ilegal sino que los dueños de Trasan S.A., en contraprestación, recibían favores de esa agrupación”.³⁰

Un aspecto especialmente interesante de esa sentencia es cómo la Corte Suprema diferencia la comisión del concierto para delinquir agravado por coautoría de la comisión de ese delito por

28 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP 32672 del 3 de diciembre de 2009; condena de Salvador Arana Sus, p. 31. Para una discusión crítica de esta jurisprudencia véase Forer, López, Cardona, Errandonea y González (2010).

29 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 16740 del 9 de diciembre de 2014, M. P. María del Rosario González Muñoz, pp. 2 y 3.

30 *Ibid.*, p. 88.

complicidad. A las dos dueñas de la empresa que fueron condenadas como determinadoras del delito de secuestro extorsivo agravado también se las condenó como coautoras del delito de concierto para delinquir agravado en forma de financiamiento de terrorismo. Esto no solamente porque concurrieron a una reunión con representantes del grupo paramilitar, sino por “el móvil representado en el interés de lograr que la víctima desistiera de sus pretensiones económicas”,³¹ con el que actuaron.

En contraste, con respecto a dos de los empleados de la empresa, quienes asistieron a la misma reunión, se aclaró que su mera asistencia a algunas reuniones con los paramilitares no da en sí misma lugar a la inferencia de coautoría del delito del concierto para delinquir, “al no evidenciar en su actuación una intervención activa orientada a financiar a la organización paramilitar”.³²

Sin embargo, ellos fueron condenados como cómplices del delito del concierto para delinquir agravado “al no ejercer el control que les correspondía como revisor fiscal y contadora de la empresa, respectivamente, lo cual contribuyó a facilitar la financiación de la organización paramilitar”.³³

Esta sentencia demuestra algunos de los problemas que existen al usar la figura del concierto para delinquir en casos de financiación de grupos paramilitares por actores económicos. En primer lugar, es difícil entender los criterios según los cuales se establece su comisión. Tampoco es evidente por qué era necesaria una condena de las dueñas de la empresa por coautoría en el concierto para delinquir dado que el delito que se acordó, el secuestro, fue cometido, y esto resultó en una condena de las dueñas como determinadoras de este. La relevancia de un acuerdo llevado a cabo anteriormente en este caso no es del todo clara. Más difícil aún, en la parte sobre los hechos del crimen, la sentencia solamente se refiere al secuestro, pero la discusión del concierto para delinquir en la misma sentencia es mucho más amplia, sin explicar por qué esto tiene importancia en una causa que se limita a una condena relacionada con un secuestro específico.

³¹ *Ibid.*, p. 70.

³² *Ibid.*, pp. 102, 103, 112.

³³ *Ibid.*, p. 91.

También es complejo entender el delito del concierto para delinquir agravado en forma de complicidad. La omisión de debidos controles financieros puede bien haber facilitado la financiación del terrorismo, pero no es obvia la relevancia de esto para la formación de un acuerdo entre los dueños y los grupos paramilitares. A lo largo de la sentencia no se aclara este punto, por lo cual están nebulosos los criterios según los cuales una persona puede incurrir en este delito. Como explicaremos más adelante, habría podido ser más oportuno investigar si la omisión por parte de los imputados resultó en complicidad en los crímenes cometidos, en este caso el secuestro.

Otro ejemplo de una condena de actores económicos por el delito de concierto para delinquir agravado se puede encontrar en la sentencia de los Palmeros de Urabá (Urapalma y otros), donde se discutió la responsabilidad de empresarios y algunos miembros de grupos paramilitares involucrados en las empresas de palma en Urabá.

Allí, el acuerdo que forma la base del delito es mucho menos concreto que en el caso Trasan, porque:

...se imputó fácticamente la existencia de una asociación entre la Casa Castaño, empresarios y particulares, con la finalidad de apoderarse ilegalmente de los territorios pertenecientes a las comunidades negras o afrocolombianas localizadas en las cuencas de Curvaradó y Jiguamiandó (Chocó), donde tendría lugar un proyecto agroindustrial de palma de aceite; lo cual condujo al desplazamiento forzado de los integrantes de esas comunidades o el aprovechamiento de ese estado antijurídico en que se encontraban, ya que algunos de ellos fueron desplazados a finales de 1996 y principios de 1997.³⁴

El agravante se dio en ese caso por la finalidad de cometer desplazamientos.

Mientras que en el caso Trasan existían pruebas claras de reuniones entre los imputados y paramilitares, y del contenido de estas reuniones referido a la comisión de crímenes específicos a cambio de pagos, en el caso Urapalma el Juzgado Quinto de Medellín declaró que:

34 Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín. Sentencia del 30 de octubre de 2014 ("Urapalma"), pp. 10-11.

...en cuanto al elemento del acuerdo previo, no es necesario que existan elementos de convicción que lo evidencien de una manera material o física, tales como fotos de reuniones, videos con miembros de grupos paramilitares, actas de acuerdos, documentos escritos que lo sustenten, por manera que así como estas pruebas, por sí solas, no conducirían a establecer un concierto para delinquir, la ausencia de ellas tampoco desdibuja su tipificación, pues para eso existen otros elementos de convencimiento, como testimonios, lo palmario de la presencia de la agrupación en la zona, la connivencia de los diferentes actores con la organización delincuencia al margen de la Ley, no solo para lograr los desplazamientos o mantenerlos en el tiempo, sino para aprovecharse de las tierras, de lo cual puede inferirse razonadamente que se incurrió en la conducta delictiva referida.³⁵

Los elementos específicos del concierto para delinquir, y la razón por la cual era necesario condenar por la existencia de un acuerdo previo cuando, como en el caso de Trasan, los crímenes acordados fueron cometidos, no están manifiestos.³⁶

No obstante, la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Medellín³⁷ confirma la postura de la primera instancia y anota que fue “un engranaje criminal que funcionó a la perfección”³⁸ y que “es tan evidente el compromiso criminal de la empresa Urapalma, y por supuesto de los gerentes aquí procesados, que explotaron tierras de campesinos que no habían vendido sus predios”.³⁹ Precisa, además, que “se debe concluir entonces, como lo hace la *iudex a quo*, que en tales condiciones, tanto la concertación para delinquir como los desplazamientos son un hecho cierto que no admite dudas ni discusión”.⁴⁰

A los problemas que conlleva el uso de la figura del concierto para delinquir agravado se agrega que tampoco queda del todo claro cómo la jurisprudencia distingue los casos de autoría mediata de los de concierto para delinquir agravado. En la sentencia contra Arana Sus, por ejemplo, la Corte lo condenó por concierto

35 *Ibid.*, p. 153.

36 *Ibid.*

37 Tribunal Superior de Medellín. Sala de Decisión Penal del 4 de noviembre de 2016; apelación de sentencia de 30 de octubre 2014.

38 *Ibid.*, p. 59.

39 *Ibid.*

40 *Ibid.*, p. 62.

para delinquir agravado porque “participó activamente en la actividad ilícita que desarrollaba pues valiéndose de su influencia como autoridad regional hizo causa y procuró el fomento y la estabilidad del grupo paramilitar”.⁴¹ Parece que criterios muy similares llevaron a la Corte en el caso de García Romero a condenarlo por autoría mediata.⁴²

Complicidad

De la sanción reducida que se impone al cómplice en el derecho penal se deduce que la complicidad es una forma de participación de menor gravedad. Esto también se desprende de la jurisprudencia que califica la complicidad como participación de menor relevancia e intensidad.⁴³ A diferencia de la coautoría para la que se requiere un codominio funcional por parte del coautor y un aporte esencial, necesario para la realización del hecho, si el delito se consuma de todas formas, con o sin el aporte, “la valoración a la que se puede arribar es que se está ante la presencia de una complicidad”.⁴⁴

La complicidad requiere causalidad en la forma de mostrar que el aporte “efectivamente acelera, asegura o facilita la ejecución o intensifica el resultado del delito en la forma en que era previsible” (López, 1997, p. 358). Así las cosas,

...el cómplice pone una condición para la realización de un delito ajeno. Hace un aporte que le servirá de apoyo al autor para cumplir su obra, el cual no necesariamente ha de ser causal-material, pero requiriéndose sí que la contribución haya influido en la actuación o en la omisión, favoreciéndolas [...] Lo decisivo no es que el cómplice ofrezca al autor mejores posibilidades para la ejecución del hecho, que es posible que este no utilice, sino que le siga auxiliando efectivamente (Márquez, 2009, p. 134).

Aunque las definiciones del elemento objetivo de la complicidad parecen muy cercanas a las del derecho internacional

41 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 32672 del 3 de diciembre de 2009; condena de Salvador Arana Sus, p. 61.

42 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 32805 del 23 de febrero 23 de 2010; condena de Álvaro García Romero.

43 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 29221 del 2 de septiembre de 2009, p. 15.

44 *Ibid.*, pp. 91-93.

consuetudinario, que tampoco exige causalidad *sine qua non*, sino que se requiere que el aporte tenga un efecto actual en la comisión del crimen, la diferencia entre los dos conceptos de complicidad es que en el derecho penal colombiano no es necesario que ese efecto sea sustancial.

En la práctica, en el contexto de la parapolítica y en las pocas sentencias disponibles contra empresarios por su rol en el paramilitarismo, la jurisprudencia colombiana ha calificado los actos de financiación y colaboración con los grupos paramilitares (actos clásicos de complicidad en la jurisprudencia penal internacional) como casos de coautoría del delito de concierto para delinquir agravado,⁴⁵ y en algunos casos como autoría mediata en los crímenes cometidos. Por otro lado, la participación por complicidad no ha recibido atención judicial en este contexto.

Dolo

El Código Penal colombiano define el dolo para todas las formas de participación en crímenes en su artículo 22 de la siguiente manera: “La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.

Según la jurisprudencia, esto incluye tres tipos de dolo: directo, indirecto y eventual. Hay dolo directo o de primer grado cuando el individuo actúa con el propósito de realizar el resultado. En el caso del dolo indirecto o de segundo grado, la finalidad del sujeto no es producir el resultado, pero este se asume como consecuencia necesaria de lo querido. Y, finalmente, se trata de dolo eventual si el sujeto no actúa con la finalidad de producir el

45 El tema fue ampliamente abordado en el fallo de parapolítica de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 32672 del 3 de diciembre de 2009. Condena de Salvador Arana Sus, pp. 38-64; igualmente, fue discutido en el contexto de los actores económicos por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín. Sentencia del 30 de octubre de 2014 (“Urapalma”), y el Tribunal Superior de Medellín. Sala de Decisión Penal. Sentencia del 4 de noviembre de 2016; apelación de sentencia de 30 de octubre 2014.

resultado, pero reconoce la posibilidad de que este se produzca y no obstante sigue actuando (Fernández, 2004).⁴⁶

Por ende, en el caso de actores económicos, el dolo no requiere que participen en crímenes con la motivación o el propósito de que se cometan delitos, sino que es suficiente que lo hagan con pleno conocimiento de que esa será la consecuencia por su actuar, o si tienen conciencia de que el resultado es probable y, sin embargo, participan en la comisión del crimen.

En casos de colaboración estrecha con respecto a crímenes específicos, como la financiación para que los grupos armados cometan crímenes que benefician al financiador (p. ej. Trasan), y en aquellos en los que existen intereses comunes, como en el caso de Urapalma, demostrar el elemento subjetivo no causará problemas, porque en estos casos los actores económicos tendrán conocimiento de los crímenes en los que están participando, así como la intención directa de facilitar su comisión.

Demostrar el elemento subjetivo puede ser más difícil en casos de complicidad en crímenes no específicos, por ejemplo, casos de complicidad en crímenes cometidos por un grupo armado para conseguir financiamiento o aporte logístico. En estas situaciones es poco probable que existiera el propósito de que con los aportes se cometieran crímenes. Sin embargo, en muchos de esos casos la comisión de graves crímenes por los grupos armados habrá sido de conocimiento general. Y aunque de esto se podrá inferir en muchos casos el conocimiento del actor económico acusado de haber sido cómplice en estos crímenes, es necesario probar el conocimiento del actor económico en cada caso individual, incluso con respecto a los crímenes de los que habrá tenido conocimiento.

Conclusiones

Lo anterior demuestra que los principios del derecho penal lombiano, así como su aplicación por las cortes, especialmente

46 Para un análisis del concepto de dolo eventual, relativo a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 32964 del 25 de agosto de 2010, M. P. José Leonidas Bustos Bustos, véase Velásquez y Wolffhügel (2012, p. 116). En relación con la jurisprudencia internacional, Benavides Vanegas resalta el caso Tadic del TIPY, que reconoce que “la conducta ha sido realizada con un dolo eventual, en la medida en que el acto era previsible pero la persona lo dejó librado al azar” (2016, p. 253).

en los contextos de Justicia y Paz y parapolítica, ofrecen un marco legal para el análisis jurídico de la responsabilidad de actores económicos en crímenes cometidos en el contexto del conflicto armado, aunque hasta ahora el análisis se ha llevado a cabo con respecto a la responsabilidad de políticos⁴⁷ y de paramilitares y, en pocos casos, se han aplicado estas normas a actores económicos.⁴⁸

De los protocolos de las diferentes Salas de Justicia y Paz resumidos en la primera parte⁴⁹ se desprende que se llevó a cabo un trabajo importante para determinar los factores relevantes para develar la colaboración de los actores económicos con el paramilitarismo y estructurar las investigaciones de este fenómeno. Sin embargo, los avances en el análisis jurídico de estos vínculos y de la resultante responsabilidad penal de los actores económicos parecen más bien modestos. Esto se debe en parte a los desafíos causados por la fragmentación de las competencias jurídicas en el proceso de Justicia y Paz. El problema se agrava por la falta de accesibilidad de las sentencias existentes. Ni siquiera los órganos judiciales pueden acceder fácilmente a ellas; esta situación representa un obstáculo para el estudio de las estrategias y los argumentos jurídicos, y sus éxitos y desafíos.

La jurisprudencia colombiana adaptó las figuras de la autoría mediata y del concierto para delinquir a la realidad de las operaciones de los grupos paramilitares y de la colaboración con aquellos, especialmente en el contexto de la parapolítica. Sin embargo,

47 Parte I, capítulo 3, “Poco análisis jurídico de fondo sobre el involucramiento de actores económicos en el conflicto armado”, en este documento. Efectivamente, como se pudo concluir del análisis de nuestra base de datos relativa a las sentencias de Justicia y Paz y parapolítica, el análisis de la responsabilidad de actores económicos por los tribunales colombianos ha sido residual.

48 Dos casos por señalar son los que fueron reseñados previamente, relativos a “Trasan”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 16740 del 9 de diciembre de 2014, M. P. María del Rosario González Muñoz, y “Urapalma” (primera y segunda instancia), Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín. Sentencia del 30 de octubre de 2014 (“Urapalma”); Tribunal Superior de Medellín. Sala de Decisión Penal. Sentencia del 4 de noviembre de 2016; apelación de sentencia de 30 de octubre 2014.

49 Véase, en ese sentido, capítulo 2, “Involucramiento de actores económicos en las sentencias de Justicia y Paz (2012-2017): una concepción judicializada de las relaciones entre actores armados y económicos”, en este documento.

quedan algunas dudas relativas a la aplicación de estos conceptos a la responsabilidad de los actores económicos.

Dada su calificación como delito de lesa humanidad, el concierto para delinquir agravado podrá jugar un papel esencial en el contexto del análisis jurídico de la responsabilidad de actores económicos, especialmente en casos en los que no se puede demostrar la existencia de un vínculo concreto entre el aporte de un tercero y un crimen específico, o su pertenencia al grupo. Esto puede ser de relevancia especial en casos de financiamiento, ya que en estos casos las cortes aplicaron esta figura para llegar a condenas de terceros en casos de parapolítica,⁵⁰ y también en algunas causas contra actores económicos,⁵¹ si fue posible establecer o deducir la existencia de un acuerdo entre el tercero y el grupo paramilitar.

Sin embargo, el uso del concierto para delinquir ha recibido muchas críticas, en especial con respecto a su calificación como delito de lesa humanidad (Forer *et al.*, 2010). Otros de los reproches consisten en que se trata de un análisis poco riguroso con el objetivo de facilitar la carga probatoria al detrimento del imputado (Benavides, 2015, p. 9), y que los elementos del delito no están siempre claramente definidos.

Con respecto a la aplicación de la autoría mediata no quedan siempre claros los principios según los cuales se puede determinar que un tercero civil es miembro del grupo o que está tan estrechamente relacionado a este que se justifica la imposición de responsabilidad por sus crímenes. ¿Qué tipo de influencia sobre las decisiones del grupo, y sus actos criminales, tendría que ejercer? ¿Se puede responsabilizar al tercero civil por todos los crímenes cometidos por el grupo, o se debería requerir algún vínculo

50 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 32672 del 3 de diciembre de 2009; condena de Salvador Arana Sus, pp. 38-64.

51 En ese sentido, la CSJ afirmó la ocurrencia del delito de concierto para delinquir agravado por tratarse de financiación a una organización al margen de la ley: “hay prueba suficiente para predicar la ocurrencia del delito de concierto para delinquir previsto en el inciso segundo del artículo 340 del Código Penal, agravado por el inciso tercero ibídem, en virtud de tratarse de financiación de una organización concertada con tal fin” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 16740 del 9 de diciembre de 2014, M. P. María del Rosario González Muñoz).

temporal, geográfico, etc., entre el rol asumido por el tercero civil dentro de la estructura del grupo, y los crímenes que este cometió? ¿Cómo se demuestra la “participación [...] en concretos delitos contra la vida y la dignidad humana o crímenes de lesa humanidad cometidos por dicha estructura armada ilegal”⁵² por parte del tercero que la CSJ exige? Las respuestas a estas preguntas parecen claves para la aplicación del concepto a la participación de actores económicos.

Como relatamos en la primera parte,⁵³ algunos de los entrevistados de los tribunales de Justicia y Paz explicaron cómo y por qué adoptaron la figura de la autoría mediata en casos de actores económicos. Así, al encontrar a una persona que no fuera parte orgánica de la estructura paramilitar, pero que hizo parte de una esfera de poder económico y brindó un aporte funcional y efectivo para la expansión, consolidación y beneficio de la estructura armada, consideraron que debería responder como autor mediato de los hechos cometidos por la estructura paramilitar durante el tiempo en que el aporte fue funcional a la organización. Para evaluar esto se debería determinar hasta cuándo fue funcional su aporte para poder concluir que un actor económico debe responder por vía de autoría mediata por los hechos cometidos por la estructura paramilitar.⁵⁴

Sin embargo, desde una perspectiva dogmática penal no queda claro por qué la funcionalidad de un aporte transforma a la persona que lo brinda en autor mediato de los delitos facilitados por ese aporte. Al recordar los prerequisites de la autoría mediata, esto es más bien cuestionable, puesto que de la funcionalidad de un aporte no se puede deducir sin más un dominio de hecho u otro tipo de control sobre el actuar del grupo armado que pudiera justificar el uso de esta figura penal.

52 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto Interlocutorio, Proceso 34248 del 19 de agosto de 2015.

53 Véase, en ese sentido, la página 71 del capítulo 2, “Involucramiento de actores económicos en las sentencias de Justicia y Paz (2012-2017): una concepción judicializada de las relaciones entre actores armados y económicos”, en este documento.

54 Entrevista con un/a auxiliar judicial de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, Dejusticia, junio de 2016.

Por consiguiente, un punto importante por considerar, tanto para la jurisdicción ordinaria como para la JEP, es si se justifica dar tan poca relevancia a la participación por complicidad. Como se vio, en el contexto de la parapolítica y en las pocas sentencias contra empresarios por su rol en el paramilitarismo, la jurisdicción ordinaria calificó actos de financiación y colaboración con los grupos paramilitares, actos clásicos de complicidad en la jurisprudencia penal internacional y la de otros países, como casos de coautoría del delito de concierto para delinquir agravado,⁵⁵ y, en algunos casos, como autoría mediata en los crímenes cometidos.

El sistema de imputación del Código Penal podría invitar a descartar la relevancia de la complicidad porque la sanción reducida que recibe el cómplice parece indicar que esta es una forma de participación de menor gravedad en la cual el poder judicial no debería enfocar sus esfuerzos.⁵⁶ Sin embargo, esto significaría concentrar el trabajo jurídico solamente en la culpabilidad subjetiva del cómplice, dejando de lado la importancia de la gravedad del hecho.

Reflexiones sobre cómo aplicar el derecho colombiano a la luz de estándares y experiencias internacionales

En este apartado proporcionamos un examen de como la JEP y la jurisdicción ordinaria deberían acercarse a la determinación de la responsabilidad penal de los actores económicos a la luz de los estándares y las experiencias internacionales. Un análisis de esta índole puede aportar nuevas perspectivas para la interpretación y aplicación de los principios relevantes del derecho penal colombiano, ayudar a remediar la impunidad de actores económicos y evitar una inconsistencia de la práctica jurídica colombiana con los estándares del derecho internacional consuetudinario.

Pronunciándose en un *amicus curiae* ante la Corte Constitucional de Colombia sobre algunos aspectos del Acto Legislativo

55 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 32672 del 3 de diciembre de 2009; condena de Salvador Arana Sus, pp. 38-64; Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín. Sentencia del 30 de octubre de 2014, ("Urapalma").

56 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia, Aprobada Acta 277 del 2 de diciembre de 2009, p. 15.

01 de 2017 con respecto a la responsabilidad de terceros civiles, la fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI), Fatou Bensouda, ha insistido en que, para ser consistente con el derecho internacional consuetudinario, la competencia de la JEP sobre actores económicos tiene que incluir casos en los que un tercero hizo un aporte sustancial a los crímenes más graves, aun si se hicieron de forma indirecta (Corte Penal Internacional, 2017, p. 19). Con esto se refiere al elemento objetivo de la complicidad en crímenes internacionales.

En ese sentido, la jurisprudencia internacional establece como estándar mínimo la necesidad de un análisis caso por caso para determinar si hubo o no participación por parte del tercero en crímenes internacionales. El estándar objetivo de la participación en el derecho penal internacional no requiere un vínculo causal en forma de *conditio sine qua non*⁵⁷ entre la asistencia y el crimen, sino más bien una asistencia material que haya tenido un efecto sustancial en la comisión de las violaciones. El efecto sustancial de la asistencia se puede inferir, por ejemplo, del volumen de la asistencia, especialmente en casos de financiación y de abastecimiento de bienes y servicios importantes para la comisión de crímenes, como armas, infraestructura, etc.⁵⁸

Reducir las investigaciones a participación en crímenes específicos e individualizables sería incompatible con el derecho internacional consuetudinario, según la fiscal de la CPI. Esto tiene relevancia especial en contextos como el colombiano, en los que se trata de colaboración con grupos criminales. En estos casos, como lo demuestran sentencias de los tribunales de Núremberg y de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, podrán causar un riesgo importante para bienes jurídicos aquellos aportes fundamentales que apuntan a fomentar grupos armados o a la supervivencia de los que cometieron crímenes internacionales.⁵⁹ Por ende, un enfoque exclusivo de las investi-

57 Véase en este documento la discusión sobre las experiencias holandesa y alemana.

58 Véase en este documento el capítulo 3, “Conclusiones”.

59 Véanse las siguientes sentencias referenciadas en el capítulo 3 de este documento, “Estándares internacionales relativos a la responsabilidad penal de actores económicos por su participación en crímenes internacionales”: respecto a Núremberg: US Military Tribunal Nuremberg. *United States v. Flick* (“The Flick Case”), 6 Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control

gaciones jurídicas en actos de participación en crímenes específicos o individualizables no llegaría a responsabilizar a los actores económicos por las consecuencias de actos de gran significancia.

Se podría pensar que las figuras de la autoría mediata y del concierto para delinquir agravado son herramientas jurídicas adecuadas para captar la responsabilidad de actores económicos por crímenes no específicos o individualizables. Sin embargo, la diferenciación entre los casos de participación más importantes no se puede resolver con un análisis formalista de si hubo un acuerdo con un grupo armado para cometer graves crímenes (concierto para delinquir) o si el tercero civil formaba parte de la estructura del grupo y, por ende, se asume que tuvo influencia en sus crímenes (autoría mediata).⁶⁰

Más bien, conforme al derecho internacional consuetudinario, para evaluar si hubo participación de la más alta gravedad, es más relevante la importancia de los aportes hechos por parte del tercero a la comisión de los graves crímenes cometidos por causa o en razón del conflicto, que la imputación penal del acto de participación (autoría mediata, concierto para delinquir, determinación, complicidad).

Por ejemplo, el hecho de que el tercero formara parte de la estructura del grupo armado y hubiera tenido influencia en sus crímenes y, por ende, pudiera ser calificado como autor mediano no necesariamente significa que su participación en estos crímenes haya tenido la más alta intensidad sin tener en cuenta las circunstancias del caso individual, como el nivel de control e influencia que ejercía dentro del grupo en crímenes individuales o los tipos de crímenes cometidos por el grupo.

Al mismo tiempo, la participación de un tercero que no formaba parte de la estructura de un grupo armado y no tuvo influencia en decisiones sobre crímenes que se iban a cometer, pero suministró armas a este grupo en gran cantidad durante un largo periodo, con conocimiento de actividades criminales de alta gravedad de ese grupo, en algunos casos bien puede ser considerada

Council Law 10, y SCSL. *Prosecutor v. Taylor*, Case SCSL-03-01-A, Appeals Judgment (Sept. 26, 2013).

60 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 2964 del 16 de septiembre 16 de 2009, p. 35.

como de alta relevancia, aunque no se trate de autoría mediata, y sin que necesariamente existiera un acuerdo sobre la comisión de crímenes entre el tercero y el grupo armado.

Inferir tal acuerdo en todos estos casos parece artificial, y no en todos reflejaría la significancia de la participación que no necesariamente proviene de la existencia de un acuerdo sino de la intensidad de la asistencia prestada. Y es dudoso que un enfoque que solo preste atención a los conceptos del concierto para delinquir y de la autoría mediata, con exclusión de la participación por complicidad, sea conforme al derecho internacional consuetudinario.

Por ende, para evaluar la participación de actores económicos en los crímenes cometidos con relación al conflicto armado, tanto la JEP como la jurisdicción ordinaria deberían ampliar su enfoque e incluir en sus investigaciones los casos que según el derecho penal internacional y el derecho internacional consuetudinario son calificados como casos de complicidad, incluso de forma indirecta.

Una construcción de la responsabilidad penal de terceros que incluye la participación por complicidad en crímenes no específicos o individualizables no resulta en una violación del principio de legalidad, dado que es previsible que esto es antijurídico, y prestar asistencia a grupos armados ilegales, con plena conciencia de los crímenes que ellos cometerán, facilitados por estos aportes, puede resultar en responsabilidad penal. Aún más cuando el apoyo materializa el deseo de apoyar una ideología con finalidades ilícitas, como la rebelión o el exterminio de la misma. No se trataría de la invención de nuevos crímenes, sino solamente de una interpretación del derecho penal nacional conforme al derecho consuetudinario internacional, algo que también se hizo con las primeras condenas de terceros por concierto para delinquir en forma agravada por la inferencia de un acuerdo con grupos armados.

Además, requerir un vínculo entre la participación y crímenes específicos podría llevar a dejar por fuera de las investigaciones judiciales algunos de los casos más emblemáticos de participación de terceros en el conflicto armado colombiano. En muchos de los casos de financiación de los grupos armados será imposible demostrar un vínculo entre la participación de terceros y crímenes individuales; muy raras veces habrá financiación de crímenes específicos. Por el contrario, la financiación a gran

escala tuvo más bien el efecto de poner a los grupos armados en la posición de poder cometer graves crímenes de manera sistemática. Y en muchos de estos casos, la gravedad de la participación se refleja mejor por la importancia y el efecto de los aportes que por la existencia o no de un acuerdo con los grupos armados.

Al explicar su visión de cómo los principios del derecho internacional consuetudinario deberían influir el análisis jurídico en el caso colombiano, la fiscal de la CPI señaló que:

...Por ejemplo, si una empresa privada financia a un grupo armado involucrado en la comisión de los crímenes, es irrelevante si el apoyo económico estaba *específicamente dirigido* a la comisión de los crímenes o apuntaba a la supervivencia del grupo. Tampoco es relevante si apoyar al grupo armado es el objetivo principal de la empresa. Basta con que contribuya sustancialmente a los crímenes, en forma directa o *indirecta* (Bensouda, 2017, p. 19).

Por ello, es problemático excluir estos casos *a priori* de la competencia de la JEP, o enfocarse solamente en la existencia de un acuerdo, sin llevar a cabo un análisis profundo del fenómeno de financiación, su efecto en los crímenes cometidos y el rol de actores económicos individuales en esto. Consideraciones parecidas se aplican a los casos de participación por otras modalidades cuando esta no se dirigió a crímenes específicos.

Lo que planteamos no es una condena en abstracto de los actores económicos, sin la necesidad de vincularlos con crímenes concretos, sino simplemente que se puede pensar en investigaciones de y condenas por complicidad en crímenes sistemáticos cometidos por los grupos armados si se puede probar que se brindaron aportes extensivos, sostenidos y vitales que por ende tuvieron un efecto sustancial en la facultad de este grupo de cometer estos crímenes. Si la asistencia fue dada sobre la base de un acuerdo, se puede pensar además en una condena por concierto para delinquir agravado, y si el actor económico tuvo dominio de hecho o formaba parte de la cúpula del grupo armado, de coautoría o autoría mediata.

A la pregunta sobre cómo se podría desarrollar un argumento jurídico que demuestre la complicidad de un actor económico en crímenes internacionales cometidos por grupos armados se puede responder usando el ejemplo de una empresa mencionada en varias sentencias de Justicia y Paz por su colaboración con los

grupos armados, Chiquita Brands.⁶¹ Entre las varias demandas judiciales contra Chiquita Brands, un buen fallo para aclarar este punto proviene de una corte de distrito en Estados Unidos⁶² que analiza los elementos de la complicidad de Chiquita en crímenes cometidos por las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) en relación con el conflicto armado colombiano según los estándares del derecho internacional consuetudinario ya explicados.

Antes de entrar en el análisis de la sentencia hay que aclarar las particularidades del contexto jurídico en el cual fue proferida; así, se trata de una causa civil, no penal, y por su estado procesal en el momento de la sentencia, la tarea de la Corte no fue la de tomar una decisión final sobre la responsabilidad de la empresa, sino la de evaluar si, al aceptar como veraz la información brindada por los demandantes, los elementos de la complicidad fueron adecuadamente alegados. Por ende, lo que pretendemos con el estudio del fallo en este contexto no es presentarlo como modelo según el cual la JEP y la jurisdicción ordinaria deberían orientar su trabajo. Más bien, su análisis es útil porque permite demostrar que para establecer la complicidad de actores económicos en crímenes internacionales en casos en los que la asistencia no fue prestada para apoyar la comisión de crímenes específicos, se requiere sin embargo relacionar los aportes con dichos crímenes facilitados por estos.

A fin de enfatizar este punto, para la Corte, el primer elemento necesario para determinar la responsabilidad por complicidad fue probar la comisión de crímenes relevantes por el autor principal, las AUC. Los crímenes relevantes en los que, según los demandantes, Chiquita había asistido como cómplice fueron

61 Véase, por ejemplo, Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 7 de julio de 2016; condena de Uber Darío Yáñez Cavadiás, M. P. J. G. Cárdenas Gómez, pp. 125-129; Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 16 de diciembre de 2011; condena de Fredy Rendón Herrera, M. P. Uldi Teresa Jiménez López, p. 416; Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 31 de octubre de 2014; condena de Salvatore Mancuso y otros, M. P. Alexandra Valencia Molina, pp. 149-150; Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 9 de diciembre de 2014; condena de Jesús Ignacio Roldán Pérez, alias Monoleche, M. P. Rubén Darío Pinilla Cogollo, pp. 155-156.

62 *In re Chiquita Brands Int'l, Inc.*, 792F. Supp. 2d 1301, 1351-52 (S.D. Fla. 2011).

tortura, ejecuciones extrajudiciales, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Al respecto, los demandantes proporcionaron información sobre crímenes específicos cometidos por las AUC en la región bananera, como numerosos actos de tortura y asesinatos de personas específicas. Para la Corte, la información estableció tanto que las AUC cometieron estos crímenes como que aquellos cumplieron con los requisitos para ser considerados crímenes de guerra y de lesa humanidad.⁶³

Con respecto al análisis del elemento objetivo de la complicidad, es decir si hubo una asistencia sustancial en la comisión de los crímenes, la Corte aceptó que la facilitación del suministro de armas, incluyendo armas y municiones usadas por las AUC en ataques en el Urabá, y altos y numerosos pagos durante aproximadamente 7 años (según los demandantes, más de 1.700.000 dólares) a las AUC para su lucha contra las FARC-EP es una asistencia sustancial en la comisión de los crímenes internacionales de las AUC.⁶⁴ Para una sentencia definitiva, y aún más para una condena penal, sería importante demostrar con más detalle cómo estos aportes impactaron la facultad de las AUC de cometer estos crímenes y qué rol tenían directores individuales dentro de la empresa, para poder evaluar su responsabilidad individual.

Respecto del elemento subjetivo, la Corte aplicó un estándar más estricto que el del mero conocimiento aplicable en el derecho penal internacional, así como en el derecho penal colombiano, y requirió adicionalmente la intención de que los crímenes se cometieran.⁶⁵ La Corte analizó este estándar con respecto a los distintos crímenes y encontró suficientes elementos para demostrar la intención necesaria para que se configurara complicidad en todos ellos. Para dar solamente un ejemplo entre muchos que la Corte discutió:

Chiquita tuvo la intención de que las AUC continuaran cometiendo ejecuciones, torturas y otros actos de violencia ilegal contra la población civil del Urabá, conforme a la estrategia de las AUC de reprimir a las FARC y disuadir a sus simpatizantes. Al proporcionarle a las AUC dinero y asistencia con armas y narcotráfico, los demandados tuvieron la intención de que las AUC obtuvieran armas y continuaran

63 *Ibid.*, pp. 1307-1309 y 1324-1338.

64 *Ibid.*, p. 1350.

65 *Ibid.*, pp. 1343-1344.

su práctica de asesinatos de civiles, especialmente de aquellos civiles percibidos como amenazas para la rentabilidad de la industria bananera.⁶⁶

En resumen, no era necesario alegar un vínculo entre la asistencia y crímenes específicos, o la intención por parte de Chiquita de asistir en estos crímenes. Más bien, para el elemento objetivo fue suficiente que la asistencia tuviera un impacto sustancial en la comisión de crímenes específicos, y para el elemento subjetivo fue suficiente con que se tratara de crímenes sobre los que, en forma general y no con respecto a víctimas concretas, Chiquita tenía conocimiento y la intención de facilitarlos.

Todo esto demuestra que la complicidad como responsabilidad secundaria requiere la comisión de crímenes específicos por los autores principales, y un análisis que determine que los actores económicos fueron cómplices en aquellos, según los criterios jurídicos aplicables. Por ende, no se trata de responsabilizar al financiador como cómplice en crímenes abstractos, sino que se deben mostrar crímenes específicos cometidos por los grupos armados y el rol del financiamiento en su comisión. Esto puede basarse, por ejemplo, en el impacto de la financiación en el actuar de un grupo armado en una región específica.

Reflexiones adicionales sobre el trabajo de la JEP: participación determinante

Todo lo que hemos expuesto hasta ahora tiene relevancia tanto para el trabajo de la JEP como para el de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, parece importante proporcionar algunas reflexiones adicionales que la JEP debería tener en cuenta al llevar a cabo su calificación de la responsabilidad de terceros, por ser un componente del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR).

Primero, es preciso recordar el marco jurídico específico que rige el trabajo de la JEP –AL 01 de 2017 y proyecto de ley estatutaria⁶⁷– y la necesidad de que, según el artículo 5 de dicho Acto Legislativo,

⁶⁶ *Ibid.*, p. 1346.

⁶⁷ Lo que sigue fue escrito antes de la publicación de la sentencia de

...la JEP al adoptar sus resoluciones o sentencias hará una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo [...] que se basará en el Código Penal Colombiano y/o en las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos (DIDH), derecho internacional humanitario (DIH) o derecho penal internacional (DPI).

La aplicación de los principios del Código Penal por la justicia colombiana en casos de terceros ofrece un marco de referencia importante, pero no limita el trabajo de la JEP, pues esta puede llegar a una calificación de estas conductas “diferente a la efectuada con anterioridad por las autoridades” (art. transitorio 5 del AL 01/2017). Dada la mención específica de la normativa relevante del derecho internacional como punto de referencia para el trabajo de la JEP, en el contexto de la responsabilidad de los actores económicos, esta calificación jurídica propia debería tener en cuenta los criterios esbozados en el capítulo 3 para que sea compatible con los principios del derecho internacional.

Además, en el contexto del trabajo de la JEP, la determinación de la responsabilidad penal de actores económicos debe ejercerse con base en la lógica del SIVJRNR, es decir que sanciones penales solamente están previstas en caso de participación determinante en crímenes no amniables, mientras que la situación jurídica de aquellos quienes “no hayan tenido una participación determinante en los casos más graves y representativos” queda en la competencia de la Sala de la Definición de Situaciones Jurídicas, con la posibilidad de conferir un cierre jurídico en la forma de “la renuncia a la acción penal u otro tipo de terminación anticipada al proceso, siempre que contribuyan de manera eficaz a las medidas del SIVJRNR, en particular la contribución al esclarecimiento de la verdad en el marco de dicho Sistema” (art. 83(h) del proyecto de ley estatutaria).

Entonces, en contraste con la jurisdicción ordinaria que puede perseguir todos los casos de participación en crímenes, parece que el criterio de la JEP para determinar en cuáles casos los actores económicos merecen o no una sanción penal es el de

la Corte Constitucional sobre el Acto Legislativo 01 de 2017 y sin saber cómo evaluará esta Corporación las normas relevantes del Proyecto de Ley Estatutaria, por lo cual algunos detalles todavía pueden cambiar.

“participación determinante en los casos más graves y representativos”. Lo que no queda claro es cómo definir este concepto. La normativa relevante guarda silencio sobre ese punto. Encontrar una definición adecuada es de suma importancia dado que de ella depende no solamente el destino jurídico de los actores económicos, sino también la legitimidad de la JEP, que requiere un equilibrio entre garantizar que no haya impunidad en los casos de máxima responsabilidad de los actores económicos y la renuncia a la acción penal en casos de menor gravedad.

Lo que complica esta definición es que los actores económicos en su gran mayoría no han cometido crímenes por sus propias manos y que las posibles formas de participación, como ya hemos visto,⁶⁸ pueden manifestarse en grados distintos de seriedad. Mientras que, para la jurisdicción ordinaria, la gravedad de la participación es primeramente relevante como criterio de priorización y de la definición de la sanción adecuada en caso de una condena, esto es distinto en el contexto de la JEP, donde de esto depende además si el caso califica para una sanción penal o debería resultar en una renuncia de la persecución penal.

A nuestro juicio, el derecho internacional consuetudinario presenta una definición convincente para distinguir los casos en los que la participación de los terceros que se presenten para recibir el tratamiento especial de la JEP merece sanciones penales, y los casos en los que la renuncia a la persecución penal parece la consecuencia más oportuna. Una alineación con estos criterios lograría que el trabajo de la JEP fuera consistente con el derecho internacional, y facilitaría el análisis jurídico porque la JEP podría utilizar criterios y jurisprudencia existentes, que provienen de contextos de justicia transicional.

Como ya explicamos, según el derecho internacional consuetudinario, la participación en crímenes internacionales se penaliza en casos de autoría y de complicidad. Y en caso de esta última, teniendo como elemento objetivo la prestación de asistencia material que haya tenido un efecto sustancial en la comisión de los crímenes. Definida de esta manera, la inclusión de la complicidad como posible forma de participación determinante no sería desfavorable

68 Este tema se abordó principalmente en la parte II, capítulo 5, “Derecho penal colombiano”, de este documento.

para los terceros, ya que requerir una asistencia material con efecto sustancial como prerequisite de la complicidad es un estándar más estricto que el del derecho penal colombiano según el cual, cada acto de asistencia, aunque sea de menor relevancia para la comisión de un crimen, califica como complicidad penal.

Al mismo tiempo, aunque se podría pensar que casos de autoría en sus varias formas califican automáticamente como participación determinante, la aplicación en la jurisdicción ordinaria de la autoría mediata y del concierto para delinquir agravado causa algunas dudas sobre si es oportuno considerar estos casos de esta manera sin un análisis de las circunstancias específicas de cada caso. Esto porque, como lo explicamos previamente,⁶⁹ los criterios según los cuales se determina la existencia de un acuerdo o la pertenencia al grupo armado parecen amplios y no son del todo claros. En consecuencia, parece más oportuno llevar a cabo un análisis de la severidad del efecto de la participación también en estos casos.

Parece distinto en casos de determinación. Si un actor económico instiga a un grupo armado a cometer un crimen internacional, por ejemplo, en forma de asesinatos de sindicalistas que les resultan perjudiciales a sus intereses, como fue alegado en los casos de Nestlé y Chiquita Brands,⁷⁰ y estos crímenes se materializan, la relevancia del acto de colaboración del actor económico parece lo suficientemente significativa para su comisión, y puede ser vista como determinante.

¿Qué significa esto en concreto para la determinación de la responsabilidad penal de un actor económico por parte de la JEP?

Primero, que todas las distintas formas de imputación, determinación, autoría –incluso autoría mediata– y complicidad pueden calificar como participación determinante que resulte en una sanción penal.

Segundo, que casos de determinación siempre califican como participación determinante.

69 Véase la parte II, capítulo 4, “Reflexiones sobre cómo aplicar el derecho colombiano a la luz de estándares y experiencias internacionales”, en este documento.

70 *In re Chiquita Brands Int'l, Inc.*, 792F. Supp. 2d 1301 (S.D. Fla. 2011).

Tercero, que en casos de complicidad, si esta lleva a un nivel lo suficientemente grave para justificar una sanción penal, depende de un análisis caso por caso de si los elementos objetivos (asistencia material con efecto sustancial en la comisión del crimen, sin que se requiriera una causalidad *sine qua non* entre la asistencia y la comisión de este, y sin que hiciera falta un vínculo entre la asistencia y un crimen o crímenes específicos) y subjetivos (conocimiento de que la asistencia facilitara la comisión de crímenes) están presentes.

Cuarto, que casos de autoría también requieren un análisis de la severidad del efecto de la participación.

La complejidad de los factores que en su conjunto definen el carácter determinante de la participación de actores económicos en la comisión de graves crímenes no permite acercarse a esta determinación según un listado de criterios taxativos. Sin embargo, para orientar el análisis y hacerlo transparente y previsible para los actores económicos afectados, parece importante que la JEP desarrolle algunas pautas generales al respecto. Estas podrían basarse en las siguientes consideraciones:

1. Si el actor económico formaba parte de la estructura de poder del grupo que cometió los crímenes y, por ende, tuvo una alta influencia sobre el actuar del grupo, se podría pensar en participación determinante en forma de autoría mediata en todos los crímenes cometidos por el grupo, o, según el caso, en crímenes cometidos durante un periodo o en una región específica, o en crímenes concretos en los que se manifestó su influencia.
2. Si el tercero, sin formar parte de la estructura de poder del grupo, fomentó, controló u organizó junto a los dirigentes del grupo el actuar del mismo, se podría pensar en participación determinante con respecto a crímenes individuales en los que el tercero civil intervino de esta manera.
3. Para determinar el efecto sustancial en la comisión de crímenes específicos, por ejemplo, en el caso de proporcionar aporte logístico para el desplazamiento forzado de determinadas comunidades, se puede pensar en criterios como el número de crímenes así facilitados, el número de víctimas afectadas, la vulnerabilidad especial de las víctimas, pero siempre combinado con un análisis de la intensidad del apoyo brindado al grupo armado. Esto porque la culpabilidad del actor económico se define primeramente por esto último.

Con respecto a la determinación de esa intensidad, puntos importantes serían la calidad de los aportes para la comisión de los crímenes. Aunque un nexo causal en forma de *conditio sine qua non* no es necesario para hablar de participación determinante, si un crimen no podría haber sido cometido sin el aporte de un actor económico, esto puede ser un indicio de una más alta intensidad de la participación y, por ende, influir en su calificación como determinante.

4. Con respecto a la complicidad en crímenes no específicos, como en el caso de la financiación de grupos armados, hecho que les facilitó o habilitó su existencia y operaciones criminales, criterios importantes podrían ser la regularidad del aporte tanto como un cierto nivel de importancia para la comisión de los crímenes. Por ejemplo, en casos de financiamiento o suministro de armas, y aportes regulares durante un tiempo mínimo que en su totalidad llegan a un alto nivel de importancia para la comisión de los crímenes.
5. Una vez establecida la gravedad de la participación a nivel objetivo, con respecto al nivel subjetivo se podría considerar que casos en los que la participación se dio con el propósito de facilitar la comisión de graves crímenes son más serios que los de participación solamente con conocimiento de esta consecuencia. Sin embargo, si la participación fue determinante debería depender de un análisis holístico tanto de la gravedad del elemento objetivo como del subjetivo.

Para el análisis caso a caso de la responsabilidad de actores económicos es importante tener en cuenta que ninguna de las pautas aquí esbozadas se debería aplicar sin analizar el conjunto de todos los factores relevantes del caso. Así, un aporte aislado puede, en algunas circunstancias, tener un efecto más importante en la comisión de un crimen que aportes regulares que se hicieron durante varios años. Igualmente, es posible que un aporte aislado pero menor, hecho con el propósito de facilitar la comisión de un crimen, pueda ser menos importante que aportes regulares que se brindaron con el mero conocimiento de los crímenes que así se facilitarían.

Se debería pensar en identificar patrones de actos de participación determinante que puedan ayudar a desarrollar directrices respecto de la aplicación de la definición legal de los conceptos

de responsabilidad a casos tipificados de comportamiento, por ejemplo, según distintos sectores de terceros. Esos patrones también podrían ayudar con la identificación de los casos más emblemáticos de la participación determinante y, de esta manera, con la priorización de los delitos cometidos por los terceros civiles.

Para una estrategia de persecución penal parece importante que, en el contexto de la investigación y los juicios contra miembros de los grupos armados por graves crímenes, la JEP lleve a cabo una investigación de todos los actores relevantes que pueden haber jugado un papel en su comisión. Si encuentra que el rol de un actor económico cae dentro de los estándares jurídicos aquí esbozados, y este se sometió voluntariamente a su competencia, debería considerar su juzgamiento por su participación en estos crímenes. En el caso contrario, debería remitir su caso a la jurisdicción ordinaria que, con base en esa información, puede imputarlo por participación en esos crímenes específicos.

Aunque las referencias al concepto de participación activa o determinante en el Acto Legislativo 01 de 2017, y su concreción en el artículo 62 del proyecto de ley estatutaria parecen no haber sobrevivido a la sentencia de la Corte Constitucional sobre dicho Acto,⁷¹ parece oportuno ofrecer algunas reflexiones críticas alrededor de aquellas, dado que se trató de intentos por establecer una interpretación restrictiva del concepto, que pueden reaparecer en la definición del concepto de participación determinante y con respecto a la determinación de criterios para decidir en qué casos conviene una sanción penal de terceros.

Antes de la sentencia de la Corte Constitucional, tanto el artículo transitorio 16 del Acto Legislativo 01 de 2017 como el artículo 62 del proyecto de ley estatutaria definieron participación determinante como una acción activa y eficaz en la realización de los delitos. Esto sugirió que la JEP solamente debería sancionar a actores económicos si su participación se manifestó a través de una acción y no por omisión.

71 Corte Constitucional. Comunicado de prensa 55, del 11 de noviembre de 2017. Sentencia C-674 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2055%20comunicado%2014%20de%20noviembre%20de%202017.pdf>.

La jurisprudencia internacional, que refleja el derecho penal consuetudinario al respecto, reconoce que participación en crímenes internacionales puede realizarse por acción, pero también por omisión, y equipara estos dos casos. Por ende, es importante no excluir de los casos que pueden merecer una sanción penal *a priori* este tipo de responsabilidad ya que la responsabilidad por omisión puede ser tan grave como aquella por comisión, e igualmente resultar en responsabilidad del más alto nivel (Bensouda, 2017).

En la gran mayoría de los casos de responsabilidad de terceros la participación habría sido por acción, por lo cual esta discusión puede carecer de relevancia práctica. Sin embargo, en las menciones de participación por terceros en las sentencias de Justicia y Paz surgieron potenciales casos de participación por omisión.

Por ejemplo, en la sentencia de Jesús Ignacio Roldán se menciona, respecto de la masacre de La Horqueta, que tuvo lugar el 21 de noviembre de 1997, el suministro de armamento y uniformes en un carro tanque de Proleche.⁷² Se podría tratar de una participación por acción por parte de los directores de Proleche, pero también de un caso de omisión si ellos no lo ordenaron, pero tampoco ejercieron su control para evitarlo.

Lo mismo podría aplicarse al ingreso a un puerto de Chiquita de contenedores con armas y municiones para grupos paramilitares,⁷³ donde se puede tratar de una omisión con efecto sustancial para la comisión de crímenes por no ejercer control, o incluso de complicidad activa con los paramilitares por proveerlos con armas.

Otro punto de preocupación es que el artículo 62 del proyecto de ley estatutaria consideró “participaciones determinantes, entre otras, el desarrollo o promoción de empresas que tengan como su único o principal propósito la conformación de grupos armados al margen de la ley, y el desarrollo de actividades de colaboración o de actuación conjunta con grupos armados al margen de la ley”.

Aunque formulados en forma de ejemplos, los casos mencionados sugieren una relación casi simbiótica entre los terceros y los

72 Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 9 de diciembre de 2014; condena de Jesús Ignacio Roldán Pérez, alias Monoleche, M. P. Rubén Darío Pinilla Cogollo, p. 159.

73 *Ibid.*, p. 155.

grupos armados, y no parecen incluir la multitud de casos en los que no existió una colaboración directa entre ellos, pero en los cuales, sin embargo, los aportes de los terceros pueden haber tenido un efecto determinante en la comisión de los crímenes, por lo cual dejarían afuera casos que, según el derecho internacional consuetudinario, deberían ser investigados y potencialmente juzgados.

La misma versión del artículo 62 también introdujo un elemento restrictivo de dolo. Ni el AFP ni el AL 01 de 2017 se pronuncian sobre el tipo de dolo necesario para que una participación pueda ser calificada como determinante. El artículo 62 exigió al respecto “la intención directa de tomar parte en dichos crímenes”. Si la referencia a intención directa en este artículo se interpretase como dolo directo, se requeriría que el tercero hubiese actuado con el propósito de facilitar los crímenes. Esta interpretación limitaría indebidamente la responsabilidad de aquellos terceros que participaron en los crímenes de los grupos armados por motivos económicos y con conocimiento, pero no necesariamente con el deseo de que sus aportes facilitaran la comisión de graves crímenes.

Por el otro lado, si el concepto se interpretara como el de dolo indirecto, se permitiría incluir casos en los cuales el tercero, sin desear la comisión de los crímenes por parte del grupo armado, pudo prever que con seguridad estos se cometerían con su participación. Esta interpretación sería conforme al estándar subjetivo aplicado por los tribunales penales internacionales *ad hoc*, y refleja el derecho internacional consuetudinario, por lo cual es el estándar que debería adoptar la JEP.

Por último, es importante mencionar que el artículo 83(h) de la ley estatutaria se refiere a participación determinante en los casos más graves y representativos para decidir si es o no conveniente la definición de la situación jurídica de actores económicos en forma de una renuncia a la persecución penal. En su artículo 19, parágrafo 2, la misma ley estatutaria aclara, en el contexto de la selección de casos, que “en ningún caso podrá renunciarse al ejercicio de la acción penal cuando se trate de delitos no amnistiables, según lo establecido en el parágrafo del artículo 23 de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016”.

Parece entonces que la pregunta de si se trata o no de participación en los crímenes más graves y representativos debería

ser un criterio para guiar la priorización de casos, pero no para permitir la renuncia de la persecución de casos de participación determinante en crímenes no amnistiables.

Excluyentes de responsabilidad: la coacción

Aún en casos en los que se puede demostrar la existencia de los elementos objetivo y subjetivo de la participación de un actor económico en un crimen grave, esto no resulta automáticamente en su culpabilidad.

El Código Penal colombiano excluye la responsabilidad penal en casos de insuperable coacción ajena (art. 32-8). Dado que se escucha regularmente que la participación de muchos de los actores económicos en los crímenes relacionados con el conflicto armado se dio por coacción (Semana, 2016; Dinero, 2017),⁷⁴ es de esperar que muchos de los terceros que comparezcan ante la JEP invoquen este eximente. Por consiguiente, la definición y el alcance de este concepto, así como su aplicación al contexto del conflicto colombiano, son de suma importancia.

En muchos casos, la coacción está estrechamente relacionada con la extorsión. Es decir, son muchos los terceros que se vieron obligados a colaborar con grupos armados porque aquellos los extorsionaron. Según el artículo 244 del Código Penal, es un delito constreñir “a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito o cualquier utilidad ilícita o beneficio ilícito, para sí o para un tercero”. En otras palabras, se habla de extorsión en el contexto de este documento para analizar la culpabilidad del miembro de un grupo armado que obligó, habitualmente por amenazas, a otro a cometer un delito; en nuestro contexto, a colaborar con el grupo armado; por otro lado, se habla de coacción si el tercero que participó en los crímenes del grupo

74 Efectivamente, el 15 de noviembre de 2017 la revista *Dinero* resaltó que antes del fallo de la Corte Constitucional sobre el Acto Legislativo 01 de 2017, “los empresarios manifestaron su inquietud por cuenta de que la JEP pudiera prestarse para que terceros terminaran respondiendo por situaciones del conflicto en la que muchos de ellos fueron víctimas, como las extorsiones que ganaderos y agricultores tuvieron que pagar a los grupos armados durante muchos años en Colombia”. Igualmente, en una entrevista con la revista *Semana* el 9 de marzo de 2016, el fiscal general de la nación, Néstor Humberto Martínez, afirmó que “la realidad es que la gran mayoría de los empresarios fueron víctimas de la extorsión de las FARC y de los paras”.

armado como consecuencia de una extorsión puede invocar la coacción como eximente de culpabilidad.

Ya existen precedentes con respecto al tema en el contexto de sentencias de Justicia y Paz, parapolítica y colaboración de otros civiles con grupos paramilitares. Algunas de ellas serán analizadas para ver qué lecciones se pueden aprender de esto para el trabajo de la JEP y la jurisdicción ordinaria con respecto a distinguir la participación voluntaria de la coaccionada.

Coacción en las sentencias de la jurisdicción ordinaria

En el ámbito de la parapolítica son los políticos quienes responden por las acusaciones de haber participado en crímenes cometidos por grupos paramilitares, e invocan la coacción para explicar y exculpar su colaboración con estos grupos.

Durante su análisis jurídico de la coacción en sentencias de parapolítica, la Corte Suprema explicó que la coacción insuperable tiene los siguientes elementos: i) existencia de un riesgo, mal o peligro; ii) la inminencia o actualidad del riesgo; iii) la protección de un derecho propio o ajeno por la acción en contravención del Código Penal y, iv) la no evitabilidad del daño por otro procedimiento menos perjudicial.⁷⁵ Además, “el juicio de exigibilidad es personal y social, pues se ‘es responsable en un contexto histórico concreto y en función de una gama de condiciones de diverso orden que inciden en el comportamiento individual’”.⁷⁶

Uno de los argumentos invocados por algunos de los políticos fue la existencia de un estado de coacción generalizado en las regiones dominadas por grupos paramilitares que les hizo imposible no hacer caso a las demandas por parte de estos. La Corte rechazó esta idea en el contexto de la parapolítica. Más bien examinó caso por caso si hubo coacción e insistió en “la inminencia de un riesgo concreto contra un bien jurídico, el que solo es posible salvar mediante el sacrificio de otro”, y precisó que “es más,

75 En este sentido, véase la sentencia de la CSJ que cita a Velásquez Velásquez (2009, p. 563, 564): Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP 26970 del 13 de abril de 2011; condena de Óscar Leonidas Wilches Carreño, p. 62.

76 *Ibid.* La Corte, en la misma sentencia condenatoria contra Wilches Carreño, cita también a Velásquez Velásquez (2009, p. 548).

el sacrificio del bien jurídico para salvar otro supone que no existe alternativa diferente a esa opción”.⁷⁷ También reconoció que era posible que los políticos “sintieran temor porque el grupo ilegal había dado señales de que sus órdenes tenían que cumplirse en los términos que ellos decían”.⁷⁸

La Corte, sin embargo, en varios de los casos en los que la coacción fue invocada por los acusados decidió que, primero, no existió un peligro concreto e inmediato para la vida del político o de sus familiares u otro bien jurídico y, segundo, que existían alternativas legales para evitar el daño temido, como por ejemplo la denuncia de las presiones ante instancias del orden nacional y la solicitud de protección.⁷⁹

Un punto importante para llegar a esta conclusión fue que no se trató de ciudadanos comunes sino de personas con poder e influencia. En palabras de la Corte,

...posiblemente el ciudadano del común que carece de poder no habría tenido en medio de esa situación opción diferente que la de someterse a un grupo armado que había dado muestras inequívocas acerca de la perentoriedad de sus ‘órdenes’. Sin embargo, tratándose de senadores que representan al Estado la situación no se puede medir con el mismo rasero, y de allí que el juicio de exigibilidad corresponda a la situación concreta en que actuaron desde el plano social y personal los procesados.⁸⁰

En las sentencias no se menciona explícitamente el requerimiento de la proporcionalidad de la respuesta. No obstante, en la sentencia contra Oscar Leónidas Wilches Carreño, por ejemplo, la Corte enfatizó que “se asume que la insuperable coacción ajena está vinculada con un juicio de ponderación de bienes en conflicto, entre el que se sacrifica y el que se salva”.⁸¹

77 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP 27941 del 14 de diciembre de 2009; condena de Gonzalo García Angarita, pp. 96-97.

78 *Ibid.*

79 *Ibid.*

80 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP 26942 del 14 de diciembre de 2009, pp. 68-69, citando la sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP 20929 del 13 de julio de 2005.

81 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP 26970 del 13 de abril de 2011; condena de Óscar Leonidas Wilches Carreño, p. 62.

En otra sentencia de la Corte Suprema, también relacionada con el conflicto armado, pero no en el contexto de la parapolítica, sino el de un recurso de casación contra la absolución de dos campesinos por el delito de secuestro extorsivo agravado a título de cómplices, la Corte Suprema se refirió de manera explícita a la proporcionalidad como elemento de la coacción. En ese caso, dos campesinos fueron imputados por facilitar información a miembros del EPL, mediante un teléfono celular que previamente habían recibido, sobre la presencia en el lugar de las víctimas objeto del plagio. La Corte describió los elementos de la coacción de la siguiente manera:

- a) Que haya peligro inminente, es decir, que no sea futuro o incierto, pero sí serio o inevitable por otro medio.
- b) Que se advierta un mal que para el violentado sea de naturaleza más grave que el que puede ocasionar con la comisión del hecho ilícito propuesto.
- c) Que no pueda ser evitado sino realizando ese hecho prohibido por la ley, es decir, que la conducta ilícita no haya sido consentida previamente.⁸²

Basada en esto, la Corte llegó a la siguiente conclusión:

...la crueldad con la que se está viviendo el conflicto armado en Colombia, financiado, entre otros, por el secuestro, ha llevado consigo que hechos como este se vean con mayor arraigo en determinadas regiones del país, donde la comunidad campesina se encuentra en constante disyuntiva frente a dicha confrontación, en tanto que su seguridad personal depende de su involuntaria intervención en la misma.

En el caso específico, según le dijo la Corte a los imputados

...no se les podía exigir otro comportamiento, en tanto que las amenazas provenían de un grupo al margen de la ley y que para ellos representaba un peligro inminente de sufrir un mal grave contra su vida y la de su familia y que no era posible superar, sin perderse de vista que los acusados son campesinos con escasa educación que derivan su sustento de las labores agrícolas, todo en procura de buscar su bienestar y la de seis de sus hijos menores de edad.⁸³

82 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 22005 del 24 de octubre de 2007, p. 4.

83 *Ibid.*, p. 7.

Parece entonces que para el análisis de si hubo coacción, tanto el contexto regional como la situación específica de las víctimas jugaron un papel importante para decidir si su actuar fue motivado por la coacción y si tenían alternativas para evitar las severas consecuencias de negarse a colaborar.

Ahora bien, en el contexto de la participación de actores económicos con los grupos armados se pueden aprender varias lecciones para el análisis de la coacción entre ellas, que hace falta un estudio caso por caso para evaluar si el actor económico colaboró con y participó en los crímenes de los grupos armados porque existía un riesgo inmediato para un bien propio o ajeno, y si existían alternativas legales para evitarlo.

Es interesante que la Corte reconoció en varias de las sentencias de parapolítica la imposibilidad de haber hecho política en algunos territorios sin el apoyo de los paramilitares. Pero esto no fue un argumento para aceptar la necesidad de una colaboración, sino, al contrario, un indicio de la existencia de un concierto para delinquir entre el político y el grupo armado si el primero aceptó, o en muchos casos incluso buscó activamente, este apoyo para facilitar sus intereses particulares.⁸⁴

De algunas de las menciones sobre los patrones de colaboración entre actores económicos y grupos armados se desprende que en algunos territorios era igualmente imposible hacer negocios sin colaborar con los paramilitares (Bernal, 2017a).⁸⁵ ¿Significa esto que por ende los comerciantes, ganaderos u otros actores económicos fueron coaccionados cuando hicieron aportes a los grupos paramilitares? ¿O se puede extender la lógica de las sentencias de parapolítica a estos casos y usar el hecho de que un actor económico ejerció negocios en tal contexto como indicio de la existencia de un concierto para delinquir con los grupos armados? Parece que no existe una respuesta fácil a esta pregunta ya que las distintas variantes de la colaboración y su motivación hacen necesario diferenciar según las circunstancias específicas de cada caso.

84 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP 26970 del 13 de abril de 2011; condena de Óscar Leonidas Wilches Carreño, p. 6.

85 Véase Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 16 de abril de 2012; condena de Orlando Villa Zapata, M. P. Eduardo Castellanos Roso, p. 111.

Antes de ofrecer algunas reflexiones sobre este punto importante puede resultar útil mirar cómo se abordó el tema de la coacción en las menciones a actores económicos referenciadas en las sentencias de Justicia y Paz, basándonos en cómo los tribunales evaluaron la voluntariedad o coacción en ese contexto.

Coacción en las sentencias de Justicia y Paz

En las sentencias de Justicia y Paz, las discusiones sobre coacción tuvieron lugar, en parte, desde la perspectiva de si los aportes de actores económicos fueron o no coaccionados, pero el enfoque principal fue un análisis de si hubo o no extorsión de aquellos por parte de los paramilitares. Esto porque el objetivo principal del análisis jurídico de las sentencias de Justicia y Paz es tratar la culpabilidad de los postulados, por lo cual la calificación de los aportes de los terceros como voluntarios o coaccionados tiene lugar, en muchos de los casos, en la construcción de contexto en las sentencias, y no como parte de un análisis jurídico-penal de la participación de los actores económicos.

Es por esto que en muchas sentencias no se encuentra un estudio detallado de los elementos jurídicos de la coacción, sino que los tribunales se limitan a menudo a declarar que algunos terceros fueron extorsionados o coaccionados a pagar “impuestos”, “peajes”, etc., a los paramilitares o a colaborar con ellos de otra forma.

Sin embargo, en algunos casos las sentencias aportan información específica que explica cómo se llevó a cabo la extorsión y la consiguiente coacción. Por ejemplo, en la sentencia contra Orlando Villa Zapata y otros, el tribunal comenta que una práctica regular fue la de exigir

...a los propietarios de estaciones de servicio de gasolina [...] el pago de una suma mensual de treinta (30) pesos por galón de crudo, de acuerdo al cupo asignado por la planta de combustible que vendía a dichas estaciones, así como la entrega de cierta cantidad de galones mensuales para el uso de la organización.⁸⁶

Agrega el tribunal que “ante el incumplimiento de los propietarios o administradores de las estaciones de servicio, se procedía

⁸⁶ Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 16 de abril de 2012; condena de Orlando Villa Zapata, M. P. Eduardo Castellanos Roso, p. 841.

a la retención ilegal de tales personas con la finalidad de obtener el objetivo descrito”.⁸⁷

Otro caso de extorsión, documentado en la misma sentencia, fue el de obligar a la administradora de un almacén a entregar, en un plazo de 15 días, una camioneta “so pena de tener que abandonar el municipio”.⁸⁸ Y en la sentencia contra Saúl Rincón Camello se describió cómo se llevaba a cabo la recolección mensual de dinero en comercios, pues el postulado explicó “que las personas que omitían el pago del impuesto arbitrario se veían obligadas a abandonar el municipio, so pena de resultar víctimas de conductas contra la vida o la integridad personal”.⁸⁹

Sin embargo, no está claro que se pueda inferir automáticamente la coacción respecto a los impuestos exigidos por los grupos armados. Por ejemplo, en la sentencia contra Edwar Cobos Téllez se describió la siguiente situación:

Se financió este bloque [...] con: 1) tributos concertados a propietarios de fincas a razón de \$10.000 por hectárea una vez al año, a cambio de seguridad. 2) extorsiones a tenderos, transportadores, estaciones de servicio (aporte consistente en combustible), al comercio en general, empresarios (a manera de ejemplo, Postobón pagaba \$10.000.000 mensuales), contratistas de Ecopetrol y con la empresa de gas encargada de la instalación de las redes de gas domiciliario, contratistas encargados del mantenimiento de la carretera pavimentada, dineros de las transferencias indígenas y en ciudades como Cartagena, cobro a los comerciantes del mercado de Bazurto.⁹⁰

Propuestas sobre cómo analizar la coacción

Se podría pensar que la declaración en la última cita de que hubo extorsión en todos los casos allí mencionados lleva automáticamente a la conclusión de que los actores económicos pueden invocar exitosamente el eximente de la coacción por el mero hecho de que, si fueron extorsionados, no es posible que hayan actuado

⁸⁷ *Ibid.*, p. 842.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 851.

⁸⁹ Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 10 de abril de 2015; condena de Saúl Rincón Camello, M. P. Uldi Teresa Jiménez López, p. 168.

⁹⁰ Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 29 de junio de 2010; condena de Edwar Cobos Téllez, M. P. Uldi Teresa Jiménez López, p. 91.

voluntariamente. Sin embargo, la voluntariedad no es el único elemento de la coacción. Por consiguiente, no se pueden equiparar de manera automática los elementos jurídicos de la extorsión por parte de los grupos armados con los de la coacción desde la perspectiva de los terceros.

La extorsión requiere constreñir “a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito o cualquier utilidad ilícita o beneficio ilícito, para sí o para un tercero” (art. 244 del Código Penal). No es un elemento explícito que la constricción cause un riesgo inmediato y concreto para la persona extorsionada, o que ella no tenía la posibilidad de evitar la realización de las amenazas por otras medidas que efectuar la acción exigida.

Para armonizar los dos conceptos, el elemento de la extorsión se podría interpretar como la acción de “constreñir a otra persona” de manera que solamente hubiera constricción si existía un riesgo inmediato para los bienes de la persona o para bienes ajenos, si faltaban alternativas razonables para evitarlo, y si el acto criminal cometido bajo extorsión era una reacción proporcional al riesgo. No obstante, esto complicaría enormemente el análisis jurídico de la extorsión. Además, desde una perspectiva de política criminal es difícil justificar por qué no sería extorsión constreñir a alguien a cometer un crimen que, desde la perspectiva de la persona constreñida, puede ser una reacción proporcional a la amenaza y, por ende, justificada bajo el concepto de la coacción, como robar a alguien para evitar el asesinato de un ser querido.

Estos problemas se pueden evitar con un análisis por separado de los dos conceptos. Así, se analizaría la extorsión si lo que está en juego es la culpabilidad de la persona que constriñe a otra, y se lleva a cabo un análisis de la coacción con los elementos mencionados previamente, si el enfoque del examen se basa en determinar si una persona actuó voluntariamente o por coacción.

Para los objetivos de este texto es menos importante cómo se resuelva este problema dogmático que tener conciencia de esta tensión entre extorsión y coacción para evitar que un pronunciamiento de extorsión que no incluya un análisis pormenorizado de los elementos de la coacción, especialmente de si existían alternativas para actuar y proporcionalidad, resulte automáticamente en una declaración de coacción.

Tanto las sentencias colombianas en el contexto de parapolítica, como los precedentes internacionales,⁹¹ demuestran que la discusión del concepto de coacción tiene como punto de partida que, en casos de amenazas, incluso de mayor intensidad e inminencia, la persona tiene la posibilidad de elegir entre el sacrificio de su propia vida u otro bien jurídico que está en riesgo y cometer un crimen contra otro bien jurídico. Esto puede ser sorprendente, dado que la coacción presupone una situación de sumisión insuperable de la voluntad (y lo mismo se puede observar en la eximente del numeral 9 del art. 38 del Código Penal: el miedo insuperable). Sin embargo, la jurisprudencia parece expresar la idea de que la definición de coacción y su aplicación a casos concretos dependen de un juicio moral de cómo una persona debería haber reaccionado bajo la amenaza y qué reacción se puede esperar razonablemente en las circunstancias específicas.

¿Qué se puede aprender de todo esto para el análisis de la coacción que tanto la JEP como la jurisdicción ordinaria tendrán que llevar a cabo cuando un actor económico invoque la coacción si su participación en un grave crimen relacionado con el conflicto está probada?

Una lección importante es que la coacción no es en todos los casos la contracara de la extorsión. Más bien, si realmente hubo coacción, mediante un análisis jurídico de los elementos de la coacción caso por caso debería mostrarse: i) la existencia de un riesgo actual o inminente, ii) la protección de un derecho propio o ajeno por la acción en contravención del Código Penal, y iii) la no evitabilidad del daño por otro procedimiento menos perjudicial, siempre analizado en el contexto histórico concreto. Dadas las dinámicas del conflicto armado podría ser factible pensar en una presunción de coacción en algunas zonas donde las prácticas de extorsión eran comunes, presunción que se puede refutar.

Algunos criterios importantes para guiar este análisis en el contexto de la participación de actores económicos en crímenes cometidos en el conflicto armado colombiano pueden ser los siguientes:

91 US Military Tribunal Nuremberg, judgment of 31 July 1948, in *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals*, Vol. IX ("Krupp Trial"); ICTY. *Prosecutor v. Erdemovic*, Case IT-96-22-A, Appeal Judgment (Oct. 7, 1997).

Con respecto a la existencia de un riesgo actual o inminente para un bien jurídico propio o ajeno:

1. Es importante analizar si realmente existió un riesgo en el caso específico. Mientras que esto puede ser obvio en muchos casos teniendo en cuenta el conflicto colombiano, como lo demuestra el análisis de la CSJ en algunos casos de parapolítica, los riesgos que enfrentaron la gran mayoría de los actores económicos no afectaron a todos, por lo que es importante examinar si hubo o no un riesgo en el caso individual.

Con respecto a la existencia de alternativas razonables para evitar el riesgo:

2. Puede ser importante diferenciar entre pequeñas empresas o comerciantes individuales, para quienes habría podido ser más difícil negarse sin sufrir graves represalias, y representantes de grandes empresas que pueden haber tenido más alternativas como, en una situación extrema, la de terminar sus negocios en la zona.
3. Relacionado con este punto, puede ser de relevancia si del negocio dependía el sustento económico del actor económico, o si era una entre varias fuentes de lucro.
4. Otro elemento importante podría ser qué tan fácil habría sido la reubicación del negocio.
5. También se podría pensar en diferenciar entre los actores económicos que ya operaban en una zona invadida los grupos armados, y aquellos que entraron a una zona ya bajo el control territorial de un grupo armado con pleno conocimiento de que existía una alta probabilidad de que ejercer negocios en ese lugar dependería de una colaboración con estos grupos. En ese último caso, parece menos convincente el argumento de que era inevitable el ingreso a esa zona.
6. Dado que la responsabilidad penal es la de un individuo, no la de una empresa, el examen de la coacción debe enfocarse en el dueño, director u otra persona natural cuya participación está en juego. Es decir, es preciso analizar qué alternativas de acción estaban al alcance del actor individual, algo que puede depender, por ejemplo, de su posición de poder e influencia dentro de la empresa.

Con respecto a la proporcionalidad de la acción, que está estrechamente relacionada con el elemento de la existencia de una alternativa razonable:

7. Un factor importante para el análisis de proporcionalidad es la naturaleza del riesgo, es decir si se trató de un riesgo para la vida o la integridad física, o si lo que estaba en peligro eran la propiedad o los intereses económicos del actor económico.
8. La vitalidad de los intereses económicos en juego puede ser otro factor. Así, colaborar para proteger su tierra por parte de un campesino es distinto a la colaboración por el mismo motivo de un gran latifundista.
9. Una lección del caso Krupp al respecto,⁹² y que puede resultar de relevancia en el caso francés de la cementera Lafarge-Holcim en Siria,⁹³ es que existen circunstancias en las cuales no es aceptable seguir con sus negocios si la única manera de hacerlo es colaborar con grupos criminales y así facilitar graves crímenes para proteger sus intereses económicos.

En definitiva, el análisis de la coacción debería depender del conjunto de las circunstancias y de la interacción de los diferentes criterios en cada caso. Esto es especialmente importante en el momento de evaluar si se puede esperar de un actor económico que salga de una zona, con todas las posibles implicaciones de esto, en lugar de colaborar con grupos armados (Human Rights Council, 2011).

Hay que reconocer que existe una zona gris muy amplia. Por ejemplo, ¿cómo evaluar los casos en los que se hicieron aportes financieros durante un tiempo prolongado durante el cual cambió la motivación detrás de los pagos y, a partir de algún momento, estos se transforman y pasan de ser pagos coaccionados a pagos voluntarios, porque el actor económico se da cuenta de que la colaboración es benéfica para sus negocios? Será difícil determinar el punto exacto en el que este cambio ocurrió, pero si se puede mostrar la voluntariedad en algún momento, debería ser irrelevante si la colaboración originalmente empezó por extorsión.

92 US Military Tribunal Nuremberg, judgment of 31 July 1948, in *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals*, Vol. IX ("Krupp Trial").

93 Véase capítulo 3 en este documento.

Teniendo en cuenta los principios subyacentes del SIVJNRN, y que sancionar a los actores económicos solamente sería oportuno en casos de su más alta responsabilidad, la JEP tiene cierta flexibilidad para acomodar las zonas grises, en el sentido en que aún si el análisis lleva a la conclusión de que el actor económico actuó voluntariamente, es posible recomendar una renuncia a la persecución penal en lugar de una sanción. Así, como lo destacó Cassese en su voto en el caso Erdemovic,⁹⁴ la motivación con la cual el actor económico prestó su asistencia será de alta relevancia y los casos más claros serán aquellos en los que un actor económico colaboró con los grupos armados por los beneficios que esto le proporcionaría y no por miedo.

Aplicación de los estándares a casos específicos

En esta parte daremos una indicación de cómo los estándares propuestos en las secciones anteriores pueden aplicarse a las formas más emblemáticas de participación de actores económicos en el conflicto armado. Dado que el análisis en este documento tiene como base empírica las sentencias de Justicia y Paz, parapolítica y restitución de tierras, la elección de las formas de participación más representativas refleja la información encontrada en estas sentencias.

Aunque otras fuentes sugieran que otro caso emblemático sería la participación en asesinatos de sindicalistas,⁹⁵ nuestras bases

94 ICTY. *Prosecutor v. Erdemovic*, Case IT-96-22-A, Appeal Judgment (Oct. 7, 1997). Dissenting Opinion, Cassese, para. 46.

95 Según quedó registrado en un artículo de la revista *Semana*, en el 2007 Colombia ocupó el primer lugar en el informe anual de la Confederación Sindical Internacional (CSI), que enumera los países más peligrosos para los sindicalistas, con 78 sindicalistas asesinados durante el 2006. Diez años después, en el 2017, Colombia aún aparecía entre los 11 países más peligrosos en ese informe anual: “A pesar de que los acontecimientos en el marco del proceso de paz en Colombia atrajeron una atención internacional positiva en 2016, la lucha continúa para los sindicalistas colombianos en sus centros de trabajo y en la calle. No hay que olvidar por tanto que Colombia sigue siendo uno de los peores países en cuanto a la violación de los derechos sindicales, con un tremendo historial de impunidad frente a los asesinatos de sindicalistas. Amenazas, violencia e intimidación hacia los sindicalistas están profundamente enraizadas en Colombia, y han continuado al mismo ritmo en 2017” (Confederación Sindical Internacional, 2017, p. 28). El mismo documento precisa que “entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2016, se presentaron al menos 266

de datos no contienen información específica sobre este punto, por lo cual nos limitamos a un análisis de aportes financieros, por un lado, y de participación en el despojo, por el otro.

Financiación

El AFP (num. 32) incluye dentro de la jurisdicción de la JEP “las conductas de financiación o colaboración con los grupos paramilitares”. Como explicamos en la parte empírica de este documento, en 524 de las 766 menciones de participación de actores económicos en sentencias de Justicia y Paz los magistrados hacían referencia a un aporte económico al grupo paramilitar; el mismo fenómeno se repitió en las sentencias de parapolítica donde a esta forma de participación corresponde un 31,4% del total de las menciones de actores económicos.

Las múltiples menciones de aportes financieros demuestran su rol esencial para el proyecto del paramilitarismo y los crímenes cometidos por los grupos paramilitares. Aunque no fue el enfoque de las sentencias de Justicia y Paz y, por tanto, no está bien documentado, algunas sentencias también mencionan aportes financieros a las guerrillas.⁹⁶ Dada la gran importancia de este tipo de colaboración, parece esencial que tanto la JEP como la jurisdicción ordinaria traten la financiación como caso emblemático de participación por parte de terceros y aporten a la verdad jurídica con investigaciones, juicios y sentencias.

Uno de los problemas en este contexto es cómo evaluar esta participación desde lo jurídico. Como se explicó, en el derecho penal colombiano estos casos suelen resolverse con las figuras del concierto para delinquir y en algunos casos de la autoría mediata. Así, si los aportes financieros fueron hechos sobre la base de

casos de violaciones a la vida, libertad e integridad de sindicalistas en Colombia, incluyendo 19 asesinatos, 17 atentados con o sin lesiones y 186 amenazas. Pese a las medidas implementadas para la superación de la violencia antisindical, este fenómeno sigue afectando las organizaciones sindicales”, y añade: “Un análisis preliminar sobre estos casos indica que algunas de las amenazas se enmarcaron en contextos donde los sindicatos estaban liderando procesos de pedagogía por la paz y campañas de apoyo al Acuerdo entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP” (p. 67).

⁹⁶ Es el caso, por ejemplo, del fallo del Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 9 de septiembre de 2016; condena de Fredi Alonso Pulgarín Gaviria, M. P. María Consuelo Rincón; esa decisión resalta apoyos de actores económicos al ELN.

un acuerdo entre un tercero y un grupo armado, o si se puede demostrar que el tercero estaba tan estrechamente relacionado con el grupo que formaba parte de su estructura, el tercero será responsable penalmente por los crímenes facilitados por el grupo sin que sea necesario establecer un vínculo entre su aporte y crímenes específicos.

Que este enfoque jurídico permita analizar la complejidad del fenómeno depende de un análisis más profundo de lo que se pudo hacer en este documento con respecto a las realidades de las relaciones entre aquellos que hicieron aportes financieros y los grupos armados. Sin embargo, intuitivamente parece importante no dejar de lado la figura de la complicidad por financiación, porque con este concepto se puede capturar otra categoría de casos en los que la importancia de la participación no se determina por la relación cercana entre el actor económico y el grupo armado, sino por los efectos de los aportes para su actuar, aunque los actores económicos no se hayan relacionado estrechamente con el grupo.

Esto es importante porque excluir este tipo de participación podría dar la impresión de que hacer aportes financieros voluntarios a grupos armados y así facilitar la existencia de estos y ayudarlos a cometer graves crímenes, a sabiendas que esto sería la consecuencia de hacer los aportes, no es una violación del derecho penal y de alguna manera está justificado. La evaluación jurídica de estos casos será difícil, pero del derecho penal colombiano y de la experiencia internacional se pueden extraer algunos puntos importantes para el análisis, así como estándares mínimos para que el Estado colombiano no viole sus obligaciones internacionales.

En algunos casos, como el de Trasan previamente analizado,⁹⁷ la financiación puede referirse a crímenes específicos que los grupos armados cometen para beneficiar a un actor o actores económicos. En estos casos, no será difícil demostrar el vínculo causal entre la comisión de un crimen y la financiación. Sin embargo, en la mayoría de los casos, un vínculo tan directo no existirá.⁹⁸

97 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 16740 del 9 de diciembre de 2014, M. P. María del Rosario González Muñoz.

98 En ese sentido, cabe señalar que algunas sentencias de Justicia y Paz, al narrar el contexto de financiación de grupos paramilitares, indican que, efectivamente, los dineros recibidos por estos no tenían

Quizás el punto más importante para tener en cuenta sea entonces que para la complicidad penal no es necesario demostrar una causalidad *sine qua non* en el sentido de que sin el aporte de un actor económico individual, ciertos crímenes específicos no hubieran sido cometidos. Es suficiente que la participación haya tenido un efecto facilitador, aunque exista la posibilidad de que el crimen se hubiera cometido sin el aporte. Como demuestra la experiencia internacional, por lo menos en contextos de macrocriminalidad, la complicidad puede darse de manera directa, con relación a un crimen o crímenes específicos, o de manera indirecta, facilitando la comisión de crímenes por hacer aportes que posibilitan la existencia de grupos que los cometen.⁹⁹

El ya mencionado caso de Chiquita Brands¹⁰⁰ proporciona un ejemplo de cómo acercarse a tal análisis y demuestra que no se trata de responsabilizar al financiador como cómplice en crímenes abstractos, sino que se deben mostrar crímenes específicos cometidos por los grupos armados y el rol del financiamiento en su comisión. Esto puede basarse, por ejemplo, en el impacto de la financiación en el actuar de un grupo armado en una región específica, como sucedió en el caso Chiquita.

Otro aspecto importante que se puede aprender de la experiencia internacional es que los graves crímenes internacionales usualmente no se pueden cometer sin una magnitud de aportes distintos que, vistos de manera aislada, pueden tener menor relevancia, pero en conjunto facilitan las estructuras que hacen posible la comisión de abusos masivos.¹⁰¹ Mientras que el derecho penal colombiano permite la investigación de todos estos actos de complicidad, así como su sanción, si se prueba que facilitaron de alguna manera la comisión de los crímenes y fueron hechos

una destinación específica. Véase la sentencia contra Fredy Rendón Herrera, comandante del bloque Élder Cárdenas: “Los dineros que en principio percibía no tenían una destinación específica, se dedicó a pagos de tropas, armas, y luego también para unos inmuebles como reservas del bloque”. Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 16 de diciembre de 2011; condena de Fredy Rendón Herrera, M. P. Uldi Teresa Jiménez López, p. 422.

99 Véase, por ejemplo, SCSL. *Prosecutor v. Taylor*, Case SCSL-03-01-A, Appeals Judgment (Sept. 26, 2013).

100 *In re Chiquita Brands Int'l, Inc.*, 792F. Supp. 2d (S.D. Fla. 2011).

101 CSL. *Prosecutor v. Taylor*, Case SCSL-03-01-A, Appeals Judgment (Sept. 26, 2013).

a sabiendas de este efecto, y sin coacción, el derecho internacional consuetudinario requiere, como mínimo, que el concepto de complicidad incluya los casos en los que hubo participación con un efecto sustancial en la comisión de los crímenes.

Algunos criterios para acercarse a una evaluación de cuándo una participación por financiación tuvo un efecto sustancial podrían ser los siguientes: el monto de los aportes, si se trató de un acto aislado o de financiación regular durante un periodo de tiempo considerable, y el impacto de la financiación para la existencia y las actuaciones del grupo armado financiado. El análisis de este último factor puede beneficiarse de un estudio interdisciplinario que tenga en cuenta las estructuras de los grupos armados, su financiación y cómo esta impactó su facultad de cometer graves crímenes a gran escala.¹⁰² Esto puede dar una idea del efecto del financiamiento por actores económicos individuales en los crímenes y arrojar luz sobre cuándo se puede considerar como determinante para su comisión.

Como se puede aprender del caso de Charles Taylor,¹⁰³ si los grupos recibieron asistencia de varias fuentes y personas, cada uno de ellos puede incurrir en responsabilidad por participación activa o determinante, siempre que sea posible demostrar, a la luz de todo el apoyo recibido por el grupo armado, que la asistencia brindada por el tercero tuvo un efecto sustancial en la comisión de los crímenes.

Despojo

Otro caso emblemático por la frecuencia y magnitud con que ocurrió, el significado para el conflicto armado, el impacto sobre las víctimas y el efecto de reconfiguración territorial que conllevó en varias regiones del país, es el del despojo de tierras y territorios, que en muchos casos contó con la participación de actores económicos. Sin embargo, este fenómeno no es fácil de abordar desde una perspectiva judicial: en la justicia penal, sea en el marco transicional o del sistema ordinario, hacen falta herramientas para la

102 Boim v. Quranic Literacy Inst. and Holy Land Found. for Relief and Dev't ("Boim I") (7th Cir. 2002); para una discusión sobre ese tema, véase Michalowski (2012, pp. 485-506).

103 SCSL. *Prosecutor v. Taylor*, Case SCSL-03-01-A, Appeals Judgment (Sept. 26, 2013).

persecución de los eventuales responsables y, por otro lado, la experiencia de la jurisdicción de restitución de tierras muestra que no es fácil atribuir responsabilidad penal por delitos asociados al despojo a quienes actúan en calidad de opositores en el proceso de restitución.

Ocurre así en parte porque, pese a los considerables efectos sociales que ha presentado, el despojo en sí mismo no existe como categoría jurídico-penal, es decir, no está tipificado como delito en el Código Penal colombiano. Quizá la conducta más cercana sea la usurpación de tierras (art. 261). Esta situación conduce a que ningún actor económico pueda ser investigado, juzgado y sancionado penalmente por participar en el despojo de un bien inmueble, entendido a partir de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras como el aprovechamiento de la situación de violencia para privar “arbitrariamente a una persona de su propiedad, posesión u ocupación” (art. 74).

Ahora, afirmar que el despojo en sí mismo no está tipificado no significa que sea imposible perseguir penalmente a quienes participaron en conductas delictivas que hayan conducido a su ocurrencia. El despojo tiene al menos dos manifestaciones: i) material, que implica la imposibilidad física de una persona o colectivo para disfrutar de sus derechos sobre la tierra o territorios, y ii) jurídica que conlleva la pérdida o anulación de las relaciones con fundamento legal que las víctimas tengan con el predio, sea de propiedad, posesión u ocupación.

Así, en el marco del conflicto armado el despojo material ha sido facilitado por, y cometido a través de, conductas delictivas como el desplazamiento forzado o las amenazas, mientras que el jurídico se ha consolidado a través, entre otras, de maniobras fraudulentas como la falsedad en documentos públicos o el prevaricato. Estos serían, entonces, algunos de los delitos directos asociados al despojo y por los cuales podrían ser eventualmente perseguidos los actores económicos, pues algunos de ellos revisten la gravedad suficiente: piénsese, por ejemplo, en la participación de un actor económico en el desplazamiento forzado de una comunidad para acceder a la tierra con vistas a instalar un proyecto productivo agroindustrial, como ocurrió en el caso de Urapalma.¹⁰⁴

104 Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín.

De otro lado, el despojo puede ocurrir de varias maneras. Como lo expusimos en la sección empírica dedicada a los resultados del proceso de restitución de tierras, lo que la verdad judicial ha revelado, tanto en la justicia transicional como en la ordinaria, es que hay múltiples matices entre dos polos extremos: i) de un lado, aquellos actores económicos que operaron en connivencia estrecha con los actores armados, a tal punto que a veces resulta difícil saber si hacían parte de la estructura criminal o si la apoyaron sin pertenecer a ella y, del otro, ii) actores económicos que se aprovecharon de la situación ventajosa en que los puso el conflicto armado y accedieron a la tierra, pero a quienes no resulta factible hacer un juicio de responsabilidad jurídico-penal, entre otras cosas, porque después del acto material de despojo se presentaron múltiples compraventas de los inmuebles y, por tanto, su eventual o posible relación con el actor armado se habría difuminado.

Las sentencias contra empresarios palmeros como los de Urapalma se ubican en el primer caso, mientras que buena parte de los casos analizados en las sentencias de restitución de tierras que incluyeron un actor empresarial como opositor se inscriben dentro de la segunda hipótesis y, en consecuencia, fue difícil encontrar fallos que sirvieran de base para ordenar investigaciones penales contra actores económicos. La excepción más notable es la sentencia proferida por la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Cúcuta, en la que se compulsaron copias a la Fiscalía General de la Nación para que

...con fundamento en la información recopilada en este proceso en el que se evidencia que el desplazamiento y despojo de predios en la zona de ubicación del inmueble restituido sirvió al propósito de concentración de la propiedad en cabeza de un único propietario a través de una triangulación de negocios que llevó a que aprovechándose de la situación de violencia se privara arbitrariamente y por ínfimos valores a los campesinos que allí eran propietarios de Unidad Agrícola Familiar, se investigue la posible participación de las personas naturales y jurídicas que intervinieron en las negociaciones en la conformación y financiación de los grupos paramilitares en la zona.¹⁰⁵

Sentencia del 30 de octubre de 2014 (“Urapalma”).

105 Tribunal Superior de Cúcuta. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Sentencia del 17 de febrero de 2016, Radicado 132443121001-2014-0004-01, p. 50.

No es fácil hacer una calificación jurídica al tipo de participación cuando se trata de despojo, pues siempre hay que acudir a descripciones típicas que en últimas se refieren a los actos materiales o a las situaciones jurídicas necesarias para consumir el despojo. Así, por ejemplo, en el fallo citado se utiliza una calificación jurídica que remite al delito de concierto para delinquir por la conformación o el financiamiento de un grupo armado, que resulta insuficiente en la medida en que excluiría de la investigación otras conductas en las que hubiera podido participar el actor económico para consolidar el despojo material (desplazamiento forzado o la destrucción y apropiación de bienes) o jurídico (falsedad en documento) del inmueble del que es propietario para el momento del fallo.

Una posible alternativa para estos casos sería la de ordenar investigaciones que pretendan probar un grado sustancial de complicidad del actor económico con el actor armado, de modo que no sea necesario demostrar el nexo causal con cada una de las posibles conductas delictivas necesarias para consumir el despojo. En el ejemplo citado, dado el contexto de desplazamiento forzado masivo que precedió a la adquisición de los predios, que además condujo a una reconfiguración territorial y a unos cambios sustanciales en los usos del suelo, podría ser más apropiado apuntar a establecer el grado de complicidad del actor económico que se benefició de la situación de violencia con el grupo armado respectivo, antes que tratar de demostrar, por ejemplo, su coautoría en los delitos concretos que se hubieran cometido.

Conclusiones

En esta parte analizamos los principios jurídicos del derecho penal colombiano con respecto a establecer la participación de actores económicos en graves crímenes, hicimos algunas propuestas relativas a cómo aplicarlos conforme a los principios del derecho internacional consuetudinario y a la definición del concepto de participación determinante que tiene alta relevancia para el trabajo de la JEP, y desarrollamos algunos criterios para la evaluación de la coacción como eximente de responsabilidad.

Un último punto pendiente es enfatizar la importancia de no perder de vista la interacción de los conceptos presentados. Un

análisis jurídico de la responsabilidad penal de actores económicos por su participación en crímenes cometidos por grupos armados tiene que separar los estudios de los elementos, de los elementos objetivos y subjetivos de las formas relevantes de imputación y, solamente en casos en los que estos elementos están probados, seguir a un análisis de si se excluye la culpabilidad por coacción.

Sin embargo, especialmente para el trabajo de la JEP, para poder evaluar el nivel de responsabilidad es necesario un análisis holístico de todos los factores del caso individual. Así, el más alto nivel de responsabilidad debería estar reflejado en el elemento objetivo, el elemento subjetivo y el grado de voluntariedad. Volviendo al caso de Chiquita Brands como ejemplo, si se combinan habituales aportes financieros de alta significancia y durante un tiempo prolongado, brindados con el propósito de que los grupos armados cometan graves crímenes que beneficiarían los intereses económicos de la empresa y de los directores que toman la decisión, y si todo esto se da por la iniciativa del actor económico, o por la coincidencia de intereses entre dicho actor y el grupo armado, se puede claramente identificar un caso del más alto grado de responsabilidad.

Si otro actor económico presta la misma asistencia al nivel objetivo, pero lo hace con el mero conocimiento de que estos pagos facilitarán la comisión de graves crímenes, sin querer que esto ocurra, en parte motivado por sus intereses económicos, en parte por medio de potenciales represalias si se niega, la responsabilidad no es del mismo nivel que en el primer caso. Se puede pensar en infinitas variaciones del ejercicio. Lo que esto demuestra es la importancia de un estudio holístico de todas las circunstancias relevantes de cada caso.

A fin de darles incentivos a los actores económicos de adherir voluntariamente a la JEP, podría ser importante desarrollar y publicar los criterios que se tendrán en cuenta para esta evaluación.

CAPÍTULO 7

Criterios de priorización

Cuando el análisis jurídico del rol de un actor económico en crímenes graves cometidos por un grupo armado lleva a la conclusión de que se cumplen los elementos de la autoría en sus varias formas, de la determinación o de la complicidad, y que la colaboración ha sido voluntaria y no coaccionada, se hace relevante el tema de la priorización de casos.

Dado el volumen de los crímenes cometidos en el marco del conflicto y la potencial magnitud de la participación de actores económicos en ellos, indicada por el gran número de menciones de aquellos en sentencias de Justicia y Paz (817) y de compulsas de copias a la jurisdicción ordinaria, tanto para la JEP como para la jurisdicción ordinaria los criterios de priorización jugarán un papel fundamental.

Existen precedentes internacionales sobre la priorización (Corte Penal Internacional, 2013, p. 16), la Fiscalía General de la Nación elaboró unos criterios importantes al respecto, y mucho se ha escrito sobre el tema en Colombia en el contexto de la justicia transicional (Uprimny *et al.*, 2014). Sin embargo, ninguna de estas fuentes se refiere específicamente a la priorización de casos en lo que concierne a la responsabilidad de actores económicos. En lugar de presentar en detalle las normativas, discusiones y precedentes significativos en términos generales, nos limitaremos a un resumen de los principios más relevantes para la priorización en el contexto de actores económicos, seguido por algunas reflexiones sobre cómo aplicarlos en la práctica.

Marco normativo y teórico

En la sentencia *Vereda la Esperanza vs. Colombia*,¹ que evalúa algunos aspectos del proceso de Justicia y Paz, la Corte IDH reconoce, con referencia a la opinión de distintas entidades internacionales, la importancia de la priorización. Destaca la necesidad de que los criterios de priorización sean claros, un requerimiento que, según la Corte, Colombia cumplió por medio de la Directiva 001 de la Fiscalía General de la Nación.² La Corte rechazó la acusación de que haya habido “violación de las garantías judiciales [...] por la aplicación del mecanismo de priorización de la Fiscalía al caso concreto, o por el diseño de la investigación de los patrones de macrocriminalidad a través de ese mecanismo”.³ Esto porque, aunque el sistema de Justicia y Paz solamente se aplica a los desmovilizados y por ende no permite una investigación holística de todos los actores y hechos, “en el marco de esas investigaciones se habrían recabado valiosas informaciones relacionadas con las estructuras de apoyo de los grupos paramilitares por parte de la Fuerza Pública [...] [y se iniciaron] investigaciones y procesamientos mediante el mecanismo de compulsas de copias a la justicia ordinaria”.⁴ Sin embargo, la Corte IDH encontró una violación de las garantías judiciales por la omisión de iniciar investigaciones 7 años después de la remisión de la compulsas de copias.

Para el trabajo de la JEP, el proyecto de ley estatutaria establece algunos criterios para la priorización y la selección de casos. En el artículo 79(t) con respecto al trabajo de la Sala de Reconocimiento, y en el artículo 84(g) con respecto al trabajo de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, la ley estatutaria declara que:

Para asegurar el funcionamiento eficiente, eficaz y célere de la JEP, la Sala tendrá las más amplias facultades para [...] fijar prioridades,

1 Corte IDH. Caso *Vereda La Esperanza vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, No. 341.

2 Fiscalía General de la Nación. Directiva 001 del 4 de octubre de 2012, “por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación”, párr. 229.

3 *Ibid.*, párr. 233.

4 *Ibid.*

acumular casos semejantes y definir la secuencia en que los abordará, así como adoptar criterios de selección y descongestión. Al ejercer estas facultades tendrá en cuenta la necesidad de evitar tanto que las conductas graves y representativas queden impunes, así como prevenir la congestión del Tribunal.

Además,

En la definición de casos graves, conductas o prácticas más representativas cometidas en el marco del conflicto armado contra los pueblos indígenas o sus integrantes, se tendrán en cuenta criterios que permitan evidenciar el impacto diferenciado generado sobre los pueblos y su relación con el riesgo de exterminio físico y cultural (art. 79(m) al cual el art. 84 (c) hace referencia).

El artículo 19 del proyecto de ley estatutaria, por su parte, establece los siguientes criterios para la selección de casos:

1. Gravedad de los hechos: grado de afectación de derechos fundamentales individuales y colectivos; modalidad de la comisión de los hechos en términos de violencia y sistematicidad.
2. Representatividad: efectos de la investigación y judicialización de los hechos; capacidad de ilustración del *modus operandi* o prácticas o patrones criminales de los hechos.
3. Características diferenciales de las víctimas: condiciones de vulnerabilidad o necesidad de adoptar medidas diferenciales de protección derivadas de patrones históricos, sociales y culturales de discriminación que se han identificado a partir de aspectos como: el origen étnico, el género, la edad, la condición de discapacidad, la orientación sexual y la identidad de género o rol social de la víctima.
4. Características de los responsables: participación activa o determinante en la comisión de los crímenes de competencia de esta jurisdicción o la prueba de su autoría y participación en los hechos concretos.
5. Disponibilidad probatoria: calidad y cantidad de las pruebas disponibles, las requeridas para probar el hecho y su dificultad para conseguirlas.

Según el mismo artículo, el objetivo de la aplicación de estos criterios es “concentrar el ejercicio de la acción penal en quienes tuvieron participación determinante en los hechos más graves y representativos”. En su parágrafo 2, el artículo 19 aclara que la

selección no puede resultar en la renuncia de la acción penal en casos de delitos no amnistiables.

Con respecto a actores económicos, es dudoso que la selección tenga mucha relevancia para el trabajo de la JEP. Solamente serán juzgados casos de participación determinante en los graves crímenes no amnistiables, y estos parecen ser excluidos de la selección por el parágrafo 2 del artículo 19. Sin embargo, los criterios de selección y priorización que la ley estatutaria menciona son bastante parecidos, por lo cual las definiciones del artículo 19 podrán tener importancia para guiar la priorización de casos de actores económicos.

El proyecto de ley estatutaria no aplica para el trabajo de la jurisdicción ordinaria, pero muchos de los criterios que se encuentran en las directivas 001 de 2012 y 002 de 2014 de la Fiscalía General de la Nación⁵ sobre priorización no son muy distintos de los criterios enlistados en la ley estatutaria. Identifican como criterios objetivos la gravedad de las conductas y la importancia del proceso penal (Directiva 002 del 2014 que reemplaza el criterio de representatividad en la Directiva 001 del 2012), y como criterios subjetivos la caracterización de los victimarios y de las víctimas. Como criterios complementarios enlista “aquellos que se enfocan en evaluar la dificultad que representa investigar y judicializar” las situaciones y los casos.

En la Directiva 002, la Fiscalía explica que el criterio de gravedad se refiere a los efectos generados con la ejecución del crimen, evaluación que incluye factores como el grado de afectación de derechos fundamentales individuales o colectivos, la cantidad de víctimas afectadas, los costos sociales producidos y si se trata de actos delictivos reiterados o generalizados. Con respecto a la importancia de la persecución penal se menciona como ejemplo si esta puede tener un efecto positivo sobre la percepción y confianza en la administración de justicia. Los elementos subjetivos relativos al victimario son la existencia de una estructura criminal, la determinación de los máximos responsables y de sus

5 *Ibid.*, párr. 229; Fiscalía General de la Nación. Directiva 002 del 9 de diciembre de 2015, “por medio de la cual se amplía y modifica la Directiva 01 de 2012, se desarrolla el alcance de los criterios de priorización de situaciones y casos y se establecen lineamientos para la planificación y gestión estratégica de la carga de trabajo y de la investigación penal en la Fiscalía General de la Nación”.

colaboradores, y la responsabilidad de delincuentes no ocasionales que, aunque no actúen en el marco de una estructura criminal, realizan actos criminales de manera reiterada y planificada.

La concreción de los criterios de priorización, como máximos responsables, gravedad de las conductas y sus efectos, representatividad o importancia de la persecución penal, y elementos subjetivos relacionados con los victimarios provienen, tanto en la experiencia internacional como en la nacional, de contextos distintos al de la responsabilidad de actores económicos y, en su gran mayoría, no se aplican fácilmente a esta situación. Un desafío particular para la priorización de casos de responsabilidad de actores económicos es entonces la falta de experiencia con la adaptación de los criterios existentes a este caso específico.

Esto se puede demostrar en el caso de definir en qué circunstancias un actor económico podría ser considerado como máximo responsable de un crimen internacional. La figura del máximo responsable, que es de mucha importancia para la priorización de casos, se ha desarrollado con un enfoque en estructuras de mando en el contexto de crímenes cometidos por agentes del Estado o de grupos armados. La discusión se concentra en qué rango tiene que asumir un individuo dentro de una estructura institucional o criminal, y qué criterios adicionales –como, por ejemplo, el nivel de involucramiento en la comisión del crimen– son necesarios para transformar a una persona de un rango medio o bajo dentro de una organización en un máximo responsable de los crímenes cometidos por ella (Uprimny *et al.*, 2014, pp. 124-141).

Como con razón enfatizan Uprimny, Sánchez y Sánchez,

La cuestión que suscita mayores dudas y sobre la que existen menores desarrollos en la jurisprudencia internacional y menos puntos de coincidencia es la que tiene que ver con la extensión de la categoría de máximo responsable a aquellos que no ejercían ningún tipo de posición de dominio, pero fueron responsables de crímenes particularmente graves (2014, p. 133).

Los autores identifican

...dos tipos distintos de perpetradores: por un lado, a aquellos que participaron en la comisión de ciertos crímenes atroces en calidad de ejecutores de las directrices definidas por sus superiores, caso en el cual la gravedad de la conducta determinaría el criterio subjetivo relativo al nivel de responsabilidad; por otro lado, a aquellos que

cometieron crímenes por su cuenta aunque prevalidos de su pertenencia a la estructura armada, caso en el cual la responsabilidad dependería del dominio del hecho (Uprimny *et al.*, 2014, p. 132).

La gran mayoría de los actores económicos no caerá en ninguna de las dos categorías, lo que puede llevar a pensar que casi *per definitionem* no pueden ser considerados como máximos responsables. Una perspectiva más funcional del concepto del máximo responsable puede llevar a una definición con otro enfoque. Por ejemplo, Uprimny *et al.* (2014) explican que el concepto “responde principalmente a la intención de poner el foco de los juicios penales en las estructuras que hicieron posible la comisión de las atrocidades masivas –más que en cada crimen cometido en este marco–, así como en aquellas personas y crímenes sobre los cuales debe recaer un mayor reproche” (p. 124).

Esto parece reflejado en la Directiva 001 de la Fiscalía General de la Nación cuando menciona la posibilidad de priorizar casos de financiadores y auspiciadores de los grupos armados como máximos responsables:

De tal manera se consideró que el fin del criterio subjetivo en razón al autor debería ser perseguir a las personas que tuviesen el máximo nivel de responsabilidad, de acuerdo con una serie de elementos que permiten entender configurado el criterio, como lo son: mandos medios que dominaban la estructura criminal, o financiadores y colaboradores, dentro del marco de impacto simbólico de la persecución penal y del alcance ejemplarizante de la pena. Esto último, con el objeto de brindar niveles más elevados de verdad y reparación para las víctimas.⁶

Parece entonces que la idea es acercarse a la definición del concepto de colaborar como máximo responsable desde la perspectiva de la importancia y representatividad de la acción penal contra aquellos.⁷

6 Fiscalía General de la Nación. Directiva 001 del 4 de octubre de 2012, “por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación”, p. 14.

7 En ese sentido, Uprimny *et al.* hacen referencia a la Directiva 001 del 4 de octubre de 2012 de la Fiscalía General de la Nación al recordar que

en Colombia, la Fiscalía General de la Nación, en su política de priorización de casos adoptada en 2012, se ha alineado con esta

Reflexiones para la práctica

En esta parte usaremos los criterios más relevantes mencionados en el artículo 19 del proyecto de ley estatutaria que parecen reflejar los criterios usados por la Fiscalía como base para reflexiones de cómo acercarse al tema de priorización en la práctica, en el contexto de la responsabilidad de actores económicos.

Gravedad

Con respecto al criterio de la gravedad de los hechos y las conductas, manifestado por el “grado de afectación de derechos fundamentales individuales y colectivos; modalidad de la comisión de los hechos en términos de violencia y sistematicidad”, parece que la investigación de la responsabilidad de los actores económicos requiere pocas consideraciones específicas. Más bien, se trata simplemente de un grupo adicional de victimarios cuya responsabilidad tiene que ser indagada en el contexto de la investigación de crímenes o situaciones de especial gravedad.

En este contexto, quizás, es donde más profundamente se sienta el impacto de la perpetuación de la competencia fragmentada de los órganos judiciales, porque esta dificulta las investigaciones y los juicios holísticos. Sin embargo, en los casos priorizados por la JEP por su gravedad, esta puede incluir en su investigación la responsabilidad de los actores económicos que se sometieron voluntariamente a su competencia y, si se demuestra su participación determinante, juzgarlos, y si surge la responsabilidad de actores económicos que no se acogieron a la JEP, compulсар copias a la jurisdicción ordinaria.

orientación al plantear como criterio en cuanto a la responsabilidad de los autores el de enfocar la persecución penal en aquellas personas que “dentro de la estructura de mando y control de la organización delictiva sabía[n] o podía[n] prever razonablemente la perpetración de crímenes en desarrollo de la ejecución de planes operativos”. [...] Según la Fiscalía, en consonancia con lo que han planteado los tribunales internacionales al respecto, estas personas no necesariamente coinciden con quienes ocupaban las posiciones más altas dentro de la organización armada pues el criterio fundamental para identificarlas es el del dominio del hecho, el cual puede incluir también a los mandos medios del aparato (2014, p. 132).

Representatividad

Un punto importante desde una perspectiva específicamente enfocada en la responsabilidad de actores económicos es el de la representatividad, definida como efectos de la investigación y judicialización de los hechos: capacidad de ilustración del *modus operandi* o prácticas o patrones criminales de los hechos. La Directiva 002 de la Fiscalía agrega a esto que un objetivo del criterio de la importancia/representatividad es tener en cuenta “las consecuencias del ejercicio de la persecución penal sobre la legitimidad pública de la administración de justicia”.

Como en el contexto del rol de los actores económicos relativo a la gravedad de los crímenes, es posible que algunos de estos sean representativos por razones distintas al papel que aquellos jugaron en su comisión. En estos casos, la investigación de su rol sería un elemento más de una investigación holística, pero sin influir en la decisión de si un caso debería ser o no priorizado.

Sin embargo, en algunos casos se podría pensar que el patrón criminal se da justamente por la manera y las consecuencias de la colaboración de los actores económicos con los grupos armados en ciertos crímenes. Así, dada la naturaleza paradigmática de la colaboración por financiación, y en el contexto del despojo que encontramos en el análisis de las sentencias de Justicia y Paz, parapolítica y restitución de tierras, sería oportuna la priorización de algunos casos paradigmáticos de financiación y de despojo para demostrar el *modus operandi* y establecer patrones de criminalidad.

La priorización de casos especialmente importantes de responsabilidad de actores económicos también puede ayudar a aumentar la percepción de legitimidad de la administración de justicia. Esto, porque el gran número de compulsas de copias que se refieren a actores económicos, contrastado con el pequeño número de juicios contra aquellos, confiere una sensación de amplia impunidad de este sector y afecta la construcción de una verdad jurídica sobre la complejidad de las dinámicas criminales que caracterizaron el conflicto armado.

Características de los responsables

Quizás el punto más importante y desafiante en el contexto de la priorización de casos de responsabilidad de actores económicos se refiere a las características de los responsables: participación

activa o determinante en la comisión de los crímenes de competencia de esta jurisdicción o la prueba de su autoría y participación en los hechos concretos. En la discusión acerca de cómo determinar la responsabilidad de los actores económicos ya ofrecimos algunas reflexiones sobre este tema. Sin embargo, en el contexto de la priorización no se trata de definir en qué casos hubo o no participación activa o determinante, sino en cuáles de los casos en los que hubo participación determinante por un actor económico, y por ende responsabilidad penal dentro del sistema de la JEP, se justifica la priorización.

Entre los factores que pueden tener relevancia se puede pensar en los siguientes: si un actor económico fue instigador de un crimen, si estuvo tan cercanamente vinculado con la estructura del grupo armado que se puede ver como miembro de la cúpula, si su participación se basó en un plan común con el grupo, si los crímenes fueron cometidos para beneficiar al actor económico, y la importancia y el grado e impacto de la colaboración en la comisión de los crímenes del grupo armado.

Conclusiones

Es importante enfatizar que la priorización debería orientarse en un análisis del conjunto de los criterios elaborados. Para usar el ejemplo de la participación de actores económicos en asesinatos de sindicalistas cometidos por grupos armados se podría pensar en priorizarlos porque en estos casos se trata de crímenes graves y sistemáticos, tanto por la seriedad del bien jurídico violado como por la calidad de la víctima –sindicalista–,⁸ patrones de

8 En este sentido, cabe resaltar el caso de Nestlé en Kaleck (2013, pp. 184-187). El autor reseña los procesos abiertos en Suiza contra directivos de Nestlé por su complicidad en la persecución de sindicalistas en Colombia y toma el caso emblemático del homicidio del sindicalista Luciano Romero, a manos de paramilitares, el 10 de septiembre de 2005. Romero, quien trabajaba para Cicolac, la filial de Nestlé en Colombia, habría estado preparándose para testificar sobre las prácticas de la corporación transnacional frente a tribunales suizos (el autor señala que en condiciones similares habrían acaecido los homicidios de sindicalistas de Sinaltrainal y antiguos trabajadores de Cicolac). Frente a la demora de los tribunales colombianos, el Centro Europeo por los Derechos Constitucionales y Humanos (ECCHR) y el sindicato colombiano Sinaltrainal presentaron una denuncia penal en Suiza contra directivos de Nestlé. Los acusaron de, negligentemente, haber causado la muerte de Romero por omisión pues “como

criminalidad y por tanto crímenes representativos, y la participación de los actores económicos fue claramente activa y determinante en los casos en los que entregaron listas a los grupos armados con los nombres de sindicalistas que les incomodaban, a sabiendas, y hasta con el deseo, de que esto resultaría en su asesinato.

En los casos de financiación se puede pensar en priorización porque la responsabilidad penal sería por fomentar los grupos a los que dicha financiación permitió cometer los masivos, graves y sistemáticos crímenes, por lo cual el criterio de gravedad de estos es poco problemático. La participación por financiación fue un patrón importante de criminalidad así que también se trataría de un caso representativo cuyo juzgamiento aportaría a la verdad jurídica, al fin de la impunidad y a garantías de no repetición. Para la priorización de casos individuales puede además jugar un rol importante el nivel de participación del actor económico, el cual puede depender de los montos aportados, del periodo de tiempo durante el cual se hizo, del grado de conocimiento o aprobación de los crímenes cometidos y otros factores más.

Los casos de despojo merecen ser priorizados no solo porque algunos de los crímenes que lo generan –como el desplazamiento forzado– revisten la gravedad, masividad y sistematicidad suficientes que justifican su persecución, sino también porque lograr el esclarecimiento de las relaciones tejidas entre actores económicos y actores armados para consolidar una forma de dominio territorial es fundamental para la reparación plena de las víctimas del conflicto armado. Se debería entonces prestar especial atención a aquellos casos de despojo masivos propiciados por violaciones de los derechos de poblaciones enteras y que fueron seguidos de la transformación económica y social de los territorios,

directivas, era su deber actuar para prevenir los crímenes. El asesinato de Romero tuvo lugar en el contexto de un conflicto armado donde sindicalistas y otros grupos sociales eran objeto de persecuciones sistemáticas por los paramilitares y fuerzas del Estado. En los años previos a su homicidio, representantes locales de Nestlé habían acusado a Romero de ser parte de la guerrilla. En Colombia, tales acusaciones pueden ser equivalentes a una sentencia de muerte” (citado en Kaleck, p. 186). Ahora bien, tras la negativa de la Corte suiza, el 18 de diciembre de 2014 el ECCHR presentó una demanda contra Suiza ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la cual fue rechazada en marzo de 2015 (Business and Human Rights Resource Centre, s. f.).

casos en los que probablemente habría complicidad entre actores económicos y grupos armados de alta severidad.

Por último, parece importante comentar la declaración de la Directiva 002 de la Fiscalía la cual señala que “el modelo de investigación enfocado a la resolución del caso a caso, sin considerar fenómenos criminales que se pretenden combatir, es contrario a las buenas prácticas y tendencias en materia de persecución penal que han desarrollado otros países de la región”. Es necesario aclarar que esto no contradice nuestro énfasis en todo el documento acerca de la necesidad de un análisis jurídico caso por caso de la responsabilidad penal de los actores económicos. Este análisis no implica que los casos se investigan por separado y en aislamiento, en lugar de ser analizados en el contexto de fenómenos penales o patrones de criminalidad, sino simplemente que la responsabilidad individual de cada uno de los actores que están investigados en el contexto de un tal análisis se tiene que determinar llevando a cabo un examen de todas las circunstancias del caso específico.

TERCERA PARTE

CAPÍTULO 8

Conclusiones generales

Insistir en la importancia de incluir a los actores económicos en la rendición de cuentas y en el componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), e intentar desarrollar herramientas para el trabajo de los órganos judiciales al respecto no está motivado por un deseo de demonizar a este sector de la sociedad. Al contrario, los estudios empíricos y dogmáticos de este trabajo demostraron las amplias facetas de la participación de los actores económicos en el conflicto armado y la necesidad de diferenciar las formas y los grados de responsabilidad, así como tener en cuenta el contexto del conflicto en el que ejercieron sus negocios, incluso las múltiples presiones y extorsiones por parte de los grupos armados.

El derecho penal aplica para todos los individuos, cualquiera que sea su ocupación y sin importar si cometieron crímenes relacionados con el conflicto armado o en otros contextos. Lo nuevo en el diseño del proceso de justicia transicional actual es el reconocimiento de la masividad de los crímenes cometidos durante el conflicto y las dificultades que eso implica en términos de investigación, juzgamiento y sanción de los perpetradores. Asimismo, la terminación de un conflicto armado por la vía de la negociación agrega factores que generan desafíos a los esfuerzos de rendición de cuentas, especialmente por la necesidad de dar un cierre jurídico para todos los actores, que les garantice seguridad jurídica y les permita beneficiarse de sanciones reducidas o incluso de una renuncia a la persecución penal. Todo esto con un núcleo específico: los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.

Los actores económicos, como fueron definidos en este trabajo, formaron parte fundamental del conflicto armado interno

colombiano, algo que se demostró con el estudio empírico realizado en el capítulo 1. Lo único que genera dejarlos por fuera del proceso de rendición de cuentas es fragmentar la construcción de memoria, verdad y responsabilidad, al hacer imposible, o por lo menos dificultar, el desarrollo de investigaciones y juzgamientos holísticos respecto de los autores principales y otros participantes en los crímenes cometidos. Excluirlos también impediría participar en un proceso de construcción de valor público a partir del reconocimiento y la asunción de responsabilidades, así como acceder a las sanciones reducidas y renuncias a la persecución penal a cambio de su colaboración. Y más importante, la práctica judicial colombiana ha demostrado que la fragmentación de los ejercicios de rendición de cuentas resulta en impunidad *de facto*, pues a pesar de la abundante información que se ha recolectado sobre el rol de los actores económicos en los crímenes cometidos por los grupos armados, su traducción en investigaciones y juicios efectivos es, por decir lo menos, precaria.

Esto lleva a la primera conclusión del presente texto: el Estado colombiano y la sociedad han recabado información valiosa, amplia y detallada sobre el rol de los actores económicos en el conflicto armado interno. Como se verificó en el capítulo 1, contentivo del estudio empírico, nuestro análisis se centró en una de las fuentes menos analizadas por la literatura existente: las menciones a actores económicos dentro de providencias judiciales, específicamente en las sentencias de Justicia y Paz, parapolítica y Restitución de Tierras y comprobó la complejidad de la responsabilidad por los crímenes graves y sistemáticos cometidos durante el conflicto armado colombiano y el papel importante de las redes de apoyo y de la colaboración de actores económicos con los combatientes.

Una revisión que abarca el universo de decisiones utilizado para este estudio arroja 817 menciones a actores económicos dentro de las sentencias de Justicia y Paz y parapolítica, y 69 en restitución de tierras. Si se ampliara la muestra a los expedientes completos de cada uno de los procesos e investigaciones, con inclusión de las versiones libres de los paramilitares postulados y los Documentos de Análisis de Contexto de la Unidad de Restitución de Tierras (URT), es razonable pensar que la cifra no haría más que aumentar. Esta información permite construir, luego de una sistematización correcta, patrones de participación de actores

económicos en el conflicto armado interno, los cuales pueden verse en varias dimensiones: i) desde lo geoespacial, con una predominancia de datos en el norte y centro del país, especialmente en departamentos y regiones como la Costa Caribe, Antioquia, Chocó, el Magdalena Medio y los Montes de María, así como una falta de atención al sur y el oriente del país, en zonas como los Llanos Orientales y el piedemonte amazónico; ii) desde lo sectorial, con predominancia de menciones a comerciantes y actores dedicados a la ganadería, la agricultura y otras actividades dependientes del uso y explotación de la tierra; iii) desde el origen de los actores, con una mayoría marcada de empresas, empresarios y empresarias de origen nacional, entre otras relaciones que fueron explicadas en el capítulo 1.

Así, a pesar de todos los problemas y las limitaciones del trabajo de los órganos judiciales en estos procesos, se encuentran experiencias exitosas de develación del rol de actores económicos en el conflicto armado. La dificultad está en la poca sistematización y análisis conjunto del cúmulo de información recabado que se ha hecho hasta el momento por parte de los encargados de promover la rendición de cuentas en el Estado. Justicia y Paz, parapolítica y restitución de tierras presentan oportunidades en términos de conocimiento acumulado, el problema es que son tres sistemas autocontenidos y que no se comunican, al tiempo que dentro de cada uno de ellos no existen ejercicios de recolección y procesamiento integral de esta información con el fin de impulsar agendas de rendición de cuentas.

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) tiene la facultad de recibir informes por parte de todas las instituciones estatales encargadas de la investigación, el juzgamiento y la sanción de personas que participaron en delitos durante el conflicto, así como de las organizaciones de víctimas y de defensa de derechos humanos colombianas. Esto representa una oportunidad para recolectar la información existente y sistematizarla de manera adecuada, de forma tal que una combinación de todas estas fuentes resulte en un barrido extenso, aunque lamentablemente incompleto, del estado de cosas sobre lo que se conoce en la actualidad en relación con la participación de actores económicos en el conflicto armado interno y, a partir de allí se lleven a cabo las investigaciones pertinentes.

Esto apunta a la siguiente conclusión del estudio: las decisiones sobre la institucionalidad en la que recaerá la carga de impulsar los procesos de rendición de cuentas y de responsabilidad de actores por los hechos en que participaron durante el conflicto son importantes. Esto por lo menos desde dos vías.

En primer lugar, al diseñar el esquema de competencias para la investigación, el juzgamiento y la sanción de los actores es importante mantener un mínimo de coherencia institucional y de conexión entre quienes llevan a cabo los ejercicios. El Acuerdo Final de Paz (AFP) intentó solucionar esto al asignarle competencia prevalente a la JEP para conocer de todos los casos y actores relacionados con el conflicto armado interno. Como se explicó extensamente en este libro, especialmente en el capítulo 4, la decisión de la Corte Constitucional de establecer como requisito para la activación de la competencia de la JEP sobre un tercero civil o un agente estatal civil el consentimiento previo del sujeto rompe esa dinámica y propicia una desconexión profunda que replica uno de los errores de diseño del proceso de Justicia y Paz. Así, dada esta circunstancia, tanto la JEP como la justicia ordinaria tendrán que dialogar dentro de este marco de competencia paralela con el fin de materializar las obligaciones internacionales que tiene el Estado en materia de investigación, juzgamiento y sanción de graves violaciones de derechos humanos.

Todo esto bajo un presupuesto: quien va estar en mejor situación para construir y recolectar la información relacionada con la participación de los actores económicos en el conflicto es la JEP, y dado que la Corte Constitucional prohibió expresamente la realización de juicios a terceros que no acepten previamente su competencia, esta debe retener el mayor tiempo posible la información relacionada con actores económicos, para entregarla a la justicia ordinaria adecuadamente agrupada y sistematizada. Es decir, como la JEP reunirá toda la información relacionada con el conflicto armado interno, no tiene sentido que compulse copias cada vez que un tercero civil resulte mencionado o involucrado en un informe. Su competencia le permitiría reunir primero toda la información, sistematizarla y procesarla y, a partir de allí, realizar la compulsa de copias pertinentes. Esto facilitaría el trabajo de la jurisdicción ordinaria con garantía de los derechos de los terceros civiles que la Corte Constitucional pretendió proteger en su sentencia.

En segundo lugar, frente a la toma de decisiones institucionales al interior de los propios órganos encargados del impulso de la agenda de rendición de cuentas, este estudio demostró la clara necesidad de diseñar protocolos específicos de actuación para la investigación del rol de los actores económicos en el conflicto armado interno, algo que está presente en el capítulo 2. Es necesario que se tenga en cuenta desde el inicio la posibilidad de existencia y recepción de información sobre este tema y la necesidad de recolectarla, sistematizarla y gestionarla de manera independiente y diferencial, bajo criterios de interoperabilidad.

En el capítulo 2 se analizaron las metodologías utilizadas para recolectar, procesar y poner de presente la información sobre el papel de los actores económicos. La experiencia de Justicia y Paz previa y posterior a la modificación en 2012 demuestra las virtudes de la construcción de contextos en la adjudicación de casos relacionados con el conflicto armado interno, así como en el aporte a la verdad que puede hacer la justicia. Labor que la URT ha llevado a cabo, con relativo éxito, para dar cuenta de las dinámicas de diverso orden (político, económico, social) que hicieron posible la existencia de fenómenos de despojo y abandono forzado de tierras y territorios, así como para el esclarecimiento de estos fenómenos.

La aplicación adecuada de los protocolos de actuación no solo facilitaría la tarea de recolección y procesamiento de la información, sino que propiciaría dinámicas adecuadas para la construcción de contextos comprensivos y, por ende, el cumplimiento de la obligación del Estado de desentrañar los patrones de macrocriminalidad que hicieron posible las victimizaciones.

En el caso de la JEP, al ser un sistema autocontenido y completamente nuevo, la implantación de métodos de trabajo basados en la construcción de contextos puede ser mucho más sencilla que en la justicia ordinaria, algo que incluso aparece en el literal b del artículo 71 del Reglamento de la JEP. En el entendido que una de las funciones de la JEP, establecida tanto en el Acto Legislativo 01 de 2017 como en el artículo 2 del proyecto de ley estatutaria, es la satisfacción de los derechos a la verdad y la justicia de las víctimas y la sociedad colombiana, es claro que no existen barreras normativas que impidan adoptar una metodología de este tipo. Mientras que en el caso de la justicia ordinaria

la construcción de contextos, tanto en la investigación como en el juzgamiento, no es una práctica generalizada, como lo demostró la revisión de sentencias de parapolítica en el capítulo 1. La utilidad de los contextos para resolver disputas de derecho penal común es dudosa, pero en casos de delincuencia o violencia organizada, como los que recibirá sobre actores económicos que participaron en el conflicto, sí podrían constituir insumos valiosos, por lo cual sería recomendable que la justicia ordinaria, especialmente la Fiscalía General de la Nación, replique los ejercicios de construcción de contextos que ya han sido utilizados en Justicia y Paz y restitución de tierras.

En ese entendido, este libro demuestra que una estrategia correcta de promoción de la rendición de cuentas de los actores económicos por su participación en el conflicto armado interno no se agota en la selección de casos para la investigación, el juzgamiento y la sanción, sino que requiere un ejercicio consciente y exhaustivo de construcción de los contextos en que estuvieron inmersos. Esta es una de las conclusiones derivadas del capítulo 2.

No obstante, aunque de suma importancia, la construcción de contextos no es suficiente para establecer la responsabilidad penal de los actores involucrados en ellos. Es necesaria la construcción de una teoría del caso sólida, tanto en términos dogmáticos como fácticos. Desde el punto de vista fáctico, el contexto puede servir para aclarar las circunstancias de hechos que rodearon la comisión de los crímenes, pero no siempre proporciona todos los detalles relevantes para la determinación de responsabilidad penal individual. Esto lleva a una de las limitaciones más importantes de los procesos de Justicia y Paz, parapolítica y restitución de tierras relacionada con el punto de vista dogmático: en ninguno de ellos se llevó a cabo un análisis jurídico de la información develada. Esto explica, por ejemplo, que muchas veces la información contenida en el contexto de sentencias de Justicia y Paz sobre la participación de actores económicos no está orientada por criterios de responsabilidad penal. Debido a esto, tanto en Justicia y Paz como en restitución de tierras hubo debates y cuestionamientos sobre el carácter probatorio de los contextos.

Para superar este problema es importante partir de un reconocimiento expreso de la validez probatoria de los contextos, para después construirlos con los criterios penales de la participación

criminal en mente y no contentarse con relatos de colaboración en términos generales. Esto significaría, por ejemplo, esclarecer las circunstancias en que ocurrió la financiación brindada por algunos actores económicos para poder juzgar si este fue un acto voluntario o mediado por la coacción. Es decir, la claridad sobre los criterios a partir de los cuales determinar la responsabilidad penal de actores económicos es importante no solamente para el análisis jurídico de casos concretos, sino también para la construcción del contexto de la macrocriminalidad y de las redes de apoyo y colaboración de actores económicos con los grupos armados.

Esto lleva a la conclusión general de la parte II de este libro, que refleja la premisa sobre la que se escribió: la materialización de la agenda de rendición de cuentas de los actores económicos por su participación en el conflicto armado depende de la construcción y aplicación rigurosa de los criterios que sirven para determinar la responsabilidad penal individual en casos difíciles, como por ejemplo, los de financiación de grupos armados al margen de la ley.

Con relación a estos criterios, aunque tanto el derecho penal internacional como el derecho penal colombiano proporcionan reglas claras para definir la responsabilidad penal por distintas formas de participación, la aplicación de estos principios a un caso concreto de participación de actores económicos en la comisión de graves crímenes internacionales en relación con un conflicto armado ha recibido mucha menos atención.

Actualmente existen muy pocos precedentes internacionales respecto a la responsabilidad que le cabe a los actores económicos por su rol en la comisión de crímenes internacionales en conflictos armados. Pero queda claro que estos actores, en cuanto se trate de personas naturales, no están excluidos del ámbito de acción del derecho penal o de la obligación internacional de los Estados de investigar, juzgar y sancionar. El análisis de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, y de otros países, ha revelado algunos ejemplos que pueden ser útiles para acercarse al estudio jurídico de la participación de actores económicos en crímenes internacionales. De la misma manera, puso de manifiesto la existencia de algunos estándares mínimos que tienen rango de derecho internacional consuetudinario y que, por tanto, los Estados deben cumplir para evitar una posible

intervención de la Corte Penal Internacional (CPI). Algo que está plasmado claramente en el capítulo 3.

Las experiencias de los tribunales penales internacionales *ad hoc* y de algunos países extranjeros en juicios contra actores económicos por su colaboración en crímenes internacionales confirman la importancia de tener en cuenta la sistematicidad de los crímenes y de evaluar la responsabilidad penal de los actores económicos desde el efecto que sus aportes tuvieron en estos crímenes, así como examinar si facilitaron la existencia de los grupos armados y su facultad de cometer crímenes. Según esta lógica, la complicidad por brindar aportes financieros o logísticos a grupos armados durante un tiempo sostenido puede tener la misma o hasta una mayor gravedad que la participación en un crimen específico como coautor, sin que fuera necesario probar una coincidencia ideológica entre el actor económico y el grupo. Por consiguiente, la figura penal de la *complicidad* es de alta relevancia para captar la culpabilidad de actores económicos y avanzar en la dogmática del trasplante de los respectivos estándares internacionales al derecho penal interno, como explicamos en detalle en el capítulo 6.

Frente a todo esto surge una duda fundamental: ¿hasta qué punto es posible aplicar estos estándares en el derecho penal colombiano, sea por la JEP o la justicia ordinaria? El capítulo 5 dio la respuesta al demostrar que la inclusión de los parámetros internacionales no es contraria al principio de legalidad y tampoco al derecho penal colombiano, que cuenta con las categorías jurídicas necesarias para la judicialización de los actores económicos. Así, los jueces colombianos cuentan con dispositivos constitucionales que permiten la aplicación directa de este tipo de normas.

De la naturaleza de la complicidad como participación accesoría en el derecho colombiano se sigue que para una estrategia de persecución penal podría ser útil investigar los crímenes de los autores principales de manera holística y estudiar la responsabilidad penal de los potenciales colaboradores para evitar duplicación de trabajo; pero también evitar la fragmentación del análisis que tuvo lugar en el proceso de Justicia y Paz, por las características del mismo. En casos en los que la JEP investiga la responsabilidad penal de los combatientes sin tener competencia sobre los colaboradores económicos, puede investigar su rol, como parte

del contexto, teniendo en cuenta los criterios de la responsabilidad penal, y compulsar copias con esta información a la jurisdicción ordinaria que puede usarla como base para su investigación propia, como se explicó en capítulo 4.

Respecto al concepto de coacción, en el contexto colombiano no muchos actores económicos brindaron apoyo a los grupos armados en circunstancias que hacen pensar en colaboración por extorsión, como se vio reflejado en los datos presentados en el capítulo 1. Mientras a nivel internacional no existen definiciones claras sobre coacción, en casos de crímenes de lesa humanidad el análisis de proporcionalidad requiere suma atención y solamente en casos excepcionales se puede justificar una participación en tales crímenes como reacción a un riesgo o una amenaza (capítulo 3). Es importante entonces refinar los criterios del análisis de proporcionalidad y también de las alternativas razonables que puede haber tenido un actor económico, algo que dependerá de todas las circunstancias del caso (capítulo 6). Aquí se podría pensar en usar los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos con su concepto de debida diligencia para informar el análisis.

Un desafío importante para el trabajo de la JEP es que adicionalmente a los problemas ya mencionados, su estudio sobre la responsabilidad penal debe orientarse en la lógica del SIVJRNR. Es decir, solamente en los casos más graves de participación de actores económicos será justificada una sanción penal en lugar de una renuncia a la persecución. Aunque la complejidad de los factores que en su conjunto definen el carácter determinante de la participación de actores económicos en la comisión de graves crímenes no permite acercarse a esta determinación según un listado de criterios taxativos, a fin de orientar el análisis y hacerlo transparente y previsible para los actores económicos afectados parece importante que la JEP desarrolle algunas pautas generales al respecto. En el capítulo 6 hicimos algunas propuestas concretas acerca de esto.

Una de las lecciones importantes del proceso de Justicia y Paz ha sido establecer criterios robustos para la priorización y selección de casos. Al evaluar la experiencia de la Fiscalía General de la Nación desarrollada durante ese proceso, y los criterios establecidos en el proyecto de ley estatutaria (especialmente la gravedad, representatividad y las características de los responsables),

parece esencial que la priorización se enfoque en los máximos responsables de los casos emblemáticos de participación de actores económicos en el conflicto, que según nuestro análisis son la financiación y el despojo, y según otras fuentes también incluyen los asesinatos de sindicalistas como explicamos en el capítulo 7.

A la fecha de publicación de este libro, el proceso de implementación del modelo de justicia transicional derivado del AFP apenas comienza. A pesar de haber pasado más de un año de la firma y refrendación de lo acordado, el Estado colombiano apenas logró expedir la normativa mínima para dar un piso sólido a la JEP. Mientras que la justicia ordinaria continúa su trabajo de investigación y juzgamiento respecto de los terceros civiles que aún no han manifestado su intención de someterse a la JEP, con resultados poco alentadores.

En ese contexto, esta investigación es apenas una colaboración inicial para la develación del rol de los actores económicos en el conflicto armado interno colombiano. Será necesario, a partir de la puesta en marcha completa del SIVJRNR, continuar con ella y ampliarla.

Sin embargo, al evaluar la experiencia colombiana desde una perspectiva internacional se pueden extraer algunas lecciones sumamente valiosas, tanto de los ejercicios previos, como Justicia y Paz, parapolítica y restitución de tierras, como del proceso de justicia transicional actual. Primero, la información que surge de las sentencias analizadas confirma la necesidad de encontrar caminos para develar el rol y la responsabilidad de actores económicos en el conflicto armado o en contextos de represión estatal mientras existan razones para pensar que jugaron un papel importante en la comisión de graves violaciones de derechos humanos. Ello por cuanto la obligación que tienen los Estados de investigar, juzgar y sancionar exige, como mínimo, que estos eventos sean esclarecidos, para después decidir las consecuencias jurídicas adecuadas.

Segundo, de la experiencia colombiana con los procesos de Justicia y Paz, y la negociación e implementación del AFP se puede aprender también que no existe una solución fácil para visibilizar la responsabilidad penal de actores económicos por su colaboración en crímenes internacionales cometidos por grupos armados. Al mismo tiempo, Colombia esboza tres caminos

distintos que pueden considerarse al acercarse al tema. El primero es el de enfocar la justicia transicional exclusivamente en la responsabilidad de actores directos del conflicto, como miembros de un grupo armado o de las fuerzas armadas estatales, y dejar por fuera a los demás actores del conflicto y enfrentar su potencial responsabilidad por el camino de la jurisdicción penal ordinaria. Los problemas del proceso de Justicia y Paz identificados a lo largo de este libro pueden servir como advertencia sobre algunas de las consecuencias adversas de elegir este camino. Entre ellas están la falta de incentivos para que los actores económicos aporten verdad y reparación, la injusticia de las sanciones más altas de la jurisdicción ordinaria en comparación con las sanciones disminuidas del proceso de justicia transicional y la impunidad *de facto*.

Otro posible camino es el enfoque integral del AFP, con su intención de crear una competencia exclusiva de los mecanismos de justicia transicional sobre todos los actores del conflicto, ofreciéndoles los beneficios del sistema, incluso sanciones penales solo para los máximos responsables de los crímenes más graves y, aún en este caso, sanciones reducidas a cambio de verdad, reparación y no repetición. Sin embargo, este modelo innovador enfrentaba desafíos como el de aclarar la manera de aplicar el concepto de máximo responsable a las formas de participación de los actores económicos. Por ello, los futuros procesos de justicia transicional en otras partes del mundo deberían tener en cuenta estas dificultades y evaluar con atención si esta es la mejor manera de integrar a actores económicos en la justicia transicional y cómo se podría incentivar su participación en ella.

Finalmente, la situación actual, que consiste en una competencia principal de la jurisdicción ordinaria sobre los actores económicos, con la posibilidad de que aquellos se sometan voluntariamente a los mecanismos de justicia transicional, proporciona un tercer modelo para analizar. Puede ser temprano para evaluar las ventajas y los desafíos de este camino, pero nuestro trabajo ya anticipó algunos, como por ejemplo, los problemas causados por la competencia paralela respecto a una investigación holística de la responsabilidad de todos los actores del conflicto, la consiguiente fragmentación de la verdad judicial y las duplicaciones de las investigaciones y de los procesos penales por un mismo hecho. Al mismo tiempo, si la JEP llevara a cabo investigaciones

exhaustivas sobre las responsabilidades de todos los actores del conflicto, incluso los económicos, y la jurisdicción ordinaria investigara y juzgara efectivamente su responsabilidad, se podrían crear claros incentivos para que se acogieran a la JEP y podría evitarse una nueva fragmentación que resulte, una vez más, en impunidad o inseguridad jurídica.

Así, la manera como Colombia aborde la responsabilidad penal de los actores económicos tendrá una importancia fundamental no solamente para el país, sino también a nivel internacional, donde tanto los logros como los desafíos y potenciales fracasos servirán como importantes lecciones para el futuro.

Referencias

Abrahams, C. (2013). Lessons from the South African Experience. In S. Michalowski (Ed.), *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*. Oxfordshire: Routledge.

Alderman, L., Peltier E. y Saad, H. (2018, marzo 10). 'Isis Is Coming'. How a French Company Pushed the Limits in War-Torn Syria. *The New York Times*.

Amat, Y. (2017, octubre 28). Dos caras de la posición empresarial frente a la reglamentación de la JEP. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/santiago-castro-y-bruce-mac-master-hablan-sobre-reglamentacion-de-la-jep-145892>

Ambos, K. (2008). Article 25: Individual criminal responsibility. En O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article* (2 ed.). München, Portland, Baden-Baden: Beckett- Hart Publishing-Nomos.

Benavides Vanegas, F. (2015). *Control penal del crimen organizado en Colombia, 1980-2014*. Recuperado de <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/11204.pdf>

Benavides Vanegas, F. (2016). Autoría directa y autoría mediata, responsabilidad del superior y empresa criminal conjunta en el derecho penal internacional. *Revista Academia & Derecho*, (7) 237.

Bensouda, F. (2017, octubre 18). Escrito de *Amicus Curiae* de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz. Recuperado de <http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo>

Bernal Bermúdez, L. (2017a). Caso Urapalma. En J. van de Sandt y M. Moor (eds.), *La paz, responsabilidad de todos: la responsabilidad corporativa en la justicia transicional: lecciones para Colombia*, pp. 156-163. Utrecht: PAX.

Bernal Bermúdez, L. (2017b). *The power of business and the power of people: Understanding remedy and corporate accountability for human rights violations. Colombia 1970-2014*. (PhD Thesis). Oxford: Universidad de Oxford.

Bernal Bermúdez, L. y Sánchez León, N. C. (2018). *Colombia: a look at alternative paths to justice for business complicity with the conflict* (en prensa).

Bolívar Jaime, A. P., Baquero, L., Sánchez León, N. y Uprimny Yepes, R. (2017). *Debates sobre la acción de restitución*. Bogotá: Dejusticia.

Business and Human Rights Resource Centre (s. f.). Perfil de las demandas judiciales contra Nestlé por actividades en Colombia. Recuperado de <https://www.business-humanrights.org/es/perfil-de-las-demandas-judiciales-contranestle-por-actividades-en-colombia-0>

Cardona Chaves, J. (2012). *Derechos de las víctimas y de los postulados: tensiones en el proceso especial de Justicia y Paz*. Bogotá: ProFis.

Cassel, D. (2008). Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts, 6 North Western Journal of International Human Rights Law (6) 304.

Chiesa, L. (2008). Duress, Demanding Heroism, and Proportionality. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, (41) 741.

Clapham, A. (2004). The complexity of international criminal law: Looking beyond individual responsibility to the responsibility of organizations, corporations and States. En P. Malcontent y Thakur (eds.). *From Sovereign Impunity to International Accountability: The Search for Justice in a World of States* (pp. 233-252). New York: UNUP.

CNMH (2016). *Tierras y conflictos rurales: historia, políticas agrarias y protagonistas*. Bogotá: CNMH - UARIV.

CNMH (2015). *Una nación desplazada: informe nacional del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: CNMH - UARIV.

CNRR - CNMH (2009). *El despojo de tierras y territorios. Aproximación conceptual*. Línea de investigación Tierra y Conflicto. Bogotá: CNRR - IEPRI.

CNRR (2010). *La tierra en disputa: memorias de despojo y resistencia campesina en la costa Caribe, 1960-2010*. Bogotá: Taurus.

Comisión Internacional de Juristas (2008). *Complicidad empresarial y responsabilidad legal* (vols. 1-3). Recuperado de

<https://www.icj.org/report-of-the-international-commission-of-jurists-expert-legal-panel-on-corporate-complicity-in-international-crimes/>

Confederación Sindical Internacional (2017). Índice Global de los Derechos de la CSI. Los peores países del mundo para los trabajadores y trabajadoras. Recuperado de https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/survey_ra_2017_sp.pdf

Corte Penal Internacional (2013). Documento de Política General sobre Exámenes Preliminares. Recuperado de <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Preliminary-Examinations--November2013-SPA.pdf>

Dinero (2017, noviembre 15). Con su fallo, la Corte blindó a los empresarios de la JEP Recuperado de <https://www.dinero.com/pais/articulo/corte-constitucional-blinda-a-empresarios-de-la-jep/252413>

El Espectador (2017, junio 8). Condenan a 10 años de prisión a empresario de palma por despojo de tierras. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/condenan-10-anos-de-prision-empresario-de-palma-por-despojo-de-tierras-articulo-697442>

Eser, A. (2002a). *Individual Criminal Responsibility*. En A. Cassese, P. Gaeta y J. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (vol. I). Oxford: Oxford University Press.

Eser, A. (2002b). Mental elements - Mistake of fact and mistake of law. En A. Cassese, P. Gaeta y J. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (vol. I). Oxford: Oxford University Press.

Fernández Carrasquilla, J. (2004). *Derecho penal fundamental*. Bogotá: Ibáñez.

Forer, A., López Díaz, C. Cardona Chávez, J. P., Errandonea J. y González D. (2010). *Intervención ciudadana ante la Corte Constitucional en el proceso: expediente D-8131. Acción Pública de Inconstitucionalidad contra el numeral 17 y el parágrafo 3° del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009*. Bogotá.

Gaitán, O. L. (2014). *Informe: La construcción de sentencias de Justicia y Paz y "parapolítica"*. Bogotá: ICTJ.

Gobierno nacional-FARC-EP (2017). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Bogotá: Oficina del Alto Comisionado para la Paz.

Gómez, K. y Regaignon, G. (eds.). (2015). *Los impactos del carbón sobre los derechos humanos en el sur global*. Recuperado de <http://www.coalinitheouth.org>

Greenwalt, A. (2008). The pluralism of international criminal law. *Indiana Law Journal*, (86), 1063.

Gutiérrez Sanín, F. y Vargas Reina, J. (2016). *El despojo paramilitar y su variación. Quiénes, cómo, por qué*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Gutiérrez Sanín, F. y Vargas, J. (2017). Agrarian elite participation in Colombia's civil war. *Journal of Agrarian Change*, 17 (4).

Human Rights Council. (2007, febrero 9). Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts. A/HRC/4/035. Recuperado de <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/bhr/files/SRSG-report-Human-Rights-Council-19-Feb-2007.pdf>

Human Rights Council (2008, mayo 15). Clarifying the Concepts of "Sphere of Influence" and "Complicity". A/HRC/8/16. Recuperado de <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-companion-report-15-May-2008.pdf>

Human Rights Council (2008, abril 7). Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights. A/HRC/8/5. Recuperado de <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>

Human Rights Council (2011, marzo 21). Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework. HRW. A/HRC/17/31. Recuperado de http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A-HRC-17-31_AEV.pdf

Joyce, M. (2015). Duress: from Nuremberg to the International Criminal Court, finding the balance between justification and excuse, *Leiden Journal of International Law*, (28), 623.

Kaeb, C. (2016). The shifting sands of corporate liability under international criminal law. *George Washington International Law Review*, (49), 351.

Kaleck, W. (2013). International Criminal Law and Transnational Businesses: Cases from Argentina and Colombia. En S. Michalowski (ed.), *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*. Oxfordshire: Routledge.

Keitner, C. (2008). Conceptualizing Complicity in Alien Tort Cases. *Hastings Law Journal*, (60), 61.

Le Monde (2017, diciembre 1). Lafarge en Syrie: Trois cadres du cimentier mis en examen. *Le Monde*.

López Peregrín, M. C. (1997). *La complicidad en el delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.

López Hernández, C. (2010). *Y refundaron la patria... De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado colombiano*. Bogotá: Debate.

Márquez Cárdenas, A. E. (2009). *La autoría mediata en el derecho penal. Formas de instrumentalización*. Bogotá: Doctrina y Ley.

Medina Gallego, C. (1990). *Autodefensas, paramilitares y narcotráfico en Colombia. Origen, desarrollo y consolidación: el caso Puerto Boyacá*. Bogotá: Documentos Periodísticos.

Michalowski, S. (2012). No complicity liability for financing gross human right violations? *Berkeley Journal of International Law*, 30 (2), 451-524.

Michalowski, S. (ed.). (2013). *Corporate accountability in the context of transitional justice*. Oxfordshire: Routledge.

Michalowski, S. (2014). The mens rea standard for corporate aiding and abetting liability - Conclusions from international criminal law. *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, (18), 237-274.

Michalowski, S. y Cardona, J. P. (2015). Responsabilidad corporativa y justicia transicional. *Anuario de Derechos Humanos*, (11), 173.

Moris, M. y van de Sandt, J. (2017). *El lado oscuro del carbón. La violencia paramilitar en la zona minera del Cesar, Colombia*. Utrecht: PAX.

Orozco Abad, I., Uribe, M. V. y Sánchez Díaz, L. C. (2012). *Justicia y Paz: ¿verdad judicial o verdad histórica?* Bogotá: CNMH.

Payne, L. A. (2017). Complicidad corporativa y justicia transicional: preparando la escena. En J. van de Sandt y M. Moor (eds.), *La paz, responsabilidad de todos: la responsabilidad corporativa en la justicia transicional: lecciones para Colombia*. Utrecht: PAX.

Payne, L. A. y Pereira, G. (2016). Corporate Complicity in International Human Rights Violence. *Annual Review of Law and Social Science*, (12), 63.

Perrin, B. (2008). Searching for Law While Seeking Justice: The Difficulties of Enforcing Humanitarian Law in International Criminal Trials. *Ottawa Law Review*, (39), 367.

Piragoff, D. y Robinson, D. (2008). Article 30: Mental element. En O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by*

Article (2 ed.). München, Portland, Baden-Baden: Beckt- Hart Publishing-Nomos.

Sandoval, C. y Surfleet, G. (2013). Corporations and redress in transitional justice processes. En S. Michalowsky (ed.), *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*. Oxfordshire: Routledge.

Semana (2016, marzo 9). ‘Los empresarios extorsionados no tienen deudas con la justicia’: Néstor Humberto Martínez. Recuperado de <https://www.semana.com/nacion/articulo/fiscal-nestor-humberto-martinez-explica-situacion-de-empresarios-involucrados-conflicto-armado-y-la-lista/492266>

Ramsey, M. (2009). International law limits on investor liability in human rights litigation. *Harvard International Law Journal* (50) 271.

Revelo Rebolledo, J., Chaparro Hernández, S. y Sánchez León, N. (2016). La restitución de tierras y territorios. Justificaciones, dilemas y estrategias. Bogotá D.C.: Dejusticia, Unidad de Restitución de Tierras y Usaid.

Reyes Posada, A. (2016). *Reforma rural para la paz*. Bogotá: Debate.

Romero Vidal, M. (2011). *La economía de los paramilitares. Redes de corrupción, negocios y política*. Bogotá D.C.: Debate.

Ronderos, M. T. (2014). *Una historia periodística del paramilitarismo en Colombia*. Bogotá: Aguilar.

Salinas Abdala, Y. y Zarama Santacruz, J. (2012). *Justicia y paz: tierras y territorios en las versiones de los paramilitares*. Bogotá D.C.: Centro Nacional de Memoria Histórica.

Sánchez León, N. C. (2013). Corporate accountability, reparations and distributive justice in post-conflict societies. En S. Michalowski, S. (ed.), *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*. Oxfordshire: Routledge.

Sánchez León, N. C. (2017). *Tierra en transición. Justicia transicional, restitución de tierras y política agraria en Colombia*. Bogotá D.C.: Dejusticia.

Sánchez León, N. C., Payne, L.A., Pereira, G., Marín López, D., Bernal Bermúdez, L. y Barboza, M. (2018). *Cuentas claras. El papel de la Comisión de la Verdad en la develación de la responsabilidad de empresas en el conflicto armado colombiano*. Bogotá D.C.: Dejusticia.

Sandoval, C., Filippini, L. y Vidal, R. (2013). Linking transitional justice and corporate accountability. En S. Michalowski (ed.), *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*. Oxfordshire: Routledge.

Scharf, M. (2014). Accelerated formation of customary international law. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, (20), 305.

Scheffer, D. y Kaeb, C. (2011). The five levels of CSR compliance: The resiliency of corporate liability under the alien tort statute and the case for a counterattack strategy in compliance theory. *Berkeley Journal of International Law*, (29), 334.

Soto Hoyos, J. F. (2017). *Restitución de tierras y empresas: oportunidades y desafíos*. Bogotá: CCJ.

Terra Colombia (2017, abril 21). Empresario holandés condenado a 19 años de cárcel por el tráfico de armas en Liberia. Recuperado de <https://www.terra.com.co/noticias/mundo/empresario-holandes-condenado-a-19-anos-carcel-por-trafico-armas-en-liberia,b0de741b4ad13a59961caa933a963cf5wq37d4g7.html>

The New Arab (2017, diciembre 4). Cement giant Lafarge admits 'unacceptable errors' in Syria after funding armed groups. Recuperado de <https://www.alaraby.co.uk/english/news/2017/12/4/cement-giant-lafarge-admits-unacceptable-errors-in-syria>

Thompson, R., Ramasastry, A., Taylor, M. (2009). Translating UNOCAL: The expanding web for business entities implicated in international crimes. *George Washington International Law Review*, (40), 841.

Truth and Reconciliation Commission South Africa (1998). *Final Report* (vol. 4, chap. 2). Recuperado de <http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/Volume%204.pdf>

Unidad de Restitución de Tierras (2014). *La restitución de tierras en Colombia: del sueño a la realidad*. Bogotá D.C.: URT.

Uprimny Yepes, R. (2008). *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Bogotá: EJRLB.

Uprimny Yepes, R. y Güiza Gómez, D. I. (2017). Comentarios al proyecto de acto legislativo 01 de 2016 Senado "por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera". Recuperado de https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_904.pdf?x54537

Uprimny Yepes, R., Sánchez Duque, L. y Sánchez León, N. (2014). *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. Bogotá: Dejusticia.

van de Sandt, J. y Moor, M. (eds.) (2017). *La paz, responsabilidad de todos*. Utrecht: PAX.

Velásquez Velásquez, F. (2009). *Derecho penal general* (3 ed.). Bogotá: Temis.

Velásquez Velásquez, F., Wolffhügel Gutiérrez, C. (2012). La diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente en la reciente jurisprudencia. *Cuadernos de Derecho Penal*, (6), 99.

Verdad Abierta (2011, octubre 25). Priorizar y agilizar, urgencia de Justicia y Paz. Recuperado de <http://www.verdadabierta.com/component/content/article/44-procesos-judiciales-justicia-y-paz/3614-priorizar-y-agilizar-urgencias-de-justicia-y-paz>

Weigend, T. (2012). Kill or be killed: Another look at Erdemovic. *Journal of International Criminal Justice*, (10), 1219.

ANEXO METODOLÓGICO

Con la finalidad de profundizar el entendimiento de la forma como los procesos de Justicia y Paz, parapolítica y restitución de tierras contribuyeron a develar la participación de los actores económicos en el conflicto armado colombiano, enunciado que sintetiza uno de los objetivos generales de esta investigación, se utilizó un enfoque mixto que combina elementos cuantitativos y cualitativos en diferentes momentos del proceso. Primero, ante la urgencia de sistematizar la información contenida en las sentencias proferidas, progresivamente se crearon y consolidaron unas bases de datos tomando como muestra los fallos judiciales existentes en los procesos de Justicia y Paz y parapolítica, y una selección de sentencias de restitución de tierras, en las cuales se mencionaron concretamente o tuvieron como opositor a algún actor económico. Luego se diseñaron y realizaron varias entrevistas semiestructuradas cuyo propósito consistía en conocer los puntos de vista de algunos operadores jurídicos y otros agentes sobre las metodologías usadas dentro de los procesos para develar la participación de actores económicos en el conflicto armado. A continuación se explica con mayor detalle cada uno de estos dos momentos.

Las bases de datos

Entender el rol de los terceros civiles en el conflicto armado colombiano a través de las sentencias judiciales en que han sido mencionados o en las que actuaron como opositores requería lidiar con una considerable cantidad de información producida en las tres jurisdicciones objeto de análisis. De ahí que el equipo aliado de la Universidad de Essex y Dejusticia haya tomado la decisión de crear una primera base de datos (Matriz 1) que

sistematizara las distintas menciones, construida y alimentada a lo largo de dos años gracias al trabajo de investigadores, pasantes y colaboradores de ambas instituciones. En un primer momento, esta base solo contenía la información del proceso de justicia y paz, luego se integró aquella información extraída de las sentencias de parapolítica.

Las principales fuentes primarias para alimentar la Matriz 1 fueron las sentencias proferidas hasta abril de 2017 en que los tribunales de Justicia y Paz (Bogotá, Medellín y Cartagena) y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, esta última en el contexto del fenómeno de la parapolítica, mencionaron expresamente a actores económicos. La lectura de estos fallos se hizo a la luz de la siguiente pregunta: ¿quiénes eran los terceros o actores económicos que fueron mencionados en las sentencias, y cuál fue su rol y participación? En el análisis de los pronunciamientos judiciales la unidad básica que permitió identificar a los actores económicos dentro de las decisiones fue la “mención”, entendida esta como la alusión directa y explícita, por parte de un tribunal,¹ a un actor económico (persona natural o jurídica).

Dichas menciones, por tanto, no implican por sí solas la atribución de responsabilidad penal de ningún tipo, sino que funcionan a modo de indicador de una posible relación entre actores económicos y armados para cometer alguna conducta delictiva en el marco del conflicto. Ahora bien, si la sentencia estudiada indicaba (mencionaba) que la empresa o persona en cuestión tenía un vínculo con un grupo armado al margen de la ley, o había apoyado de una u otra manera (sea cual fuere el apoyo, directo o indirecto) a un grupo, introdujimos la información respectiva en la base de datos. Así, fue objeto de análisis toda persona o empresa señalada de haber apoyado de cualquier manera a dichos grupos en las decisiones estudiadas.

A partir de una lectura inicial de las sentencias se definió una serie de criterios que permitieron sistematizar la información.

1 Por ejemplo, cuando la sentencia contiene un testimonio donde el testigo asegura que “*x* apoyaba a *y* grupo armado”, o el tribunal afirma que “*x* les pagaba una suma de dinero” o “tenía un fuerte lazo”, o cuando se señala que “la contribución de los empleados de la empresa *x* en la financiación de un grupo armado” o que *x* ponía a disposición sus fincas “para que estuviera el ganado que servía para alimentar a *y* Bloque de *z* grupo armado”.

Estos, afinados a medida que avanzaba la investigación, quedaron consignados en las columnas de la base de datos e indagaban, entre otros elementos, por las características del actor, su procedencia, el grupo armado con el que habría tenido algún tipo de relación y el tipo de vínculo existente.

El análisis de las sentencias de Justicia y Paz se realizó hasta el primero de abril de 2017, e incluyó la totalidad de las sentencias entonces proferidas por la jurisdicción, esto es, un universo de 79 fallos. No obstante, tan solo quedó consignada en la base de datos la información de 39 de ellas pues fue en estas donde se encontraron menciones suficientemente claras como para incluirlas en la matriz. En el desarrollo de este ejercicio, las dificultades más recurrentes fueron la heterogeneidad en la calidad y cantidad de información de las sentencias, la falta de precisión en la terminología usada por los tribunales, el poco énfasis en los actores económicos, así como el hecho de que, por la naturaleza de las sentencias, las menciones no fueron sistemáticas sino incidentales.

En un segundo momento la investigación se amplió para incluir las decisiones de parapolítica proferidas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Fueron leídas cada una de las 63 sentencias disponibles a abril de 2017 y se tuvieron en cuenta las distintas menciones que la Corte hizo sobre terceros civiles, aunque para la consolidación de la Matriz 1 solo fueron incluidas aquellas menciones a los actores económicos que parecerían haber apoyado de una u otra manera a los grupos armados al margen de la ley. Así, este ejercicio arrojó un total de 51 menciones, contenidas en 22 sentencias. En varias de ellas los magistrados de la Corte reconstruyeron de manera amplia el contexto regional que dio pie al apoyo político a los paramilitares. En la base de datos se resaltaron las condiciones del apoyo, si este había sido económico o no, si parecía voluntario o coaccionado, entre otras variables que permitieron apreciar la magnitud del fenómeno.

Una vez consolidada esa primera base de datos de lo estrictamente penal (Justicia y Paz y parapolítica), en un tercer momento se identificaron las sentencias de restitución pertinentes proferidas por los tribunales de restitución de tierras. Dado que en la fase judicial de dicho proceso solo es posible identificar la participación de actores económicos cuando estos intervienen en calidad de opositores de las pretensiones de la demanda, esta fue

la forma de acotar el universo total de sentencias de restitución, que a septiembre de 2017 ascendía a alrededor de 3000 sentencias, a tan solo 41 pronunciamientos en los que efectivamente participaron uno o varios actores económicos entendidos como personas jurídicas (empresas) o naturales que guardaban alguna relación con empresas. Esta información sobre el número de fallos en que participaron actores económicos fue obtenida en reuniones de trabajo con funcionarios de la Unidad de Restitución de Tierras (URT) e investigadores de la Comisión Colombiana de Juristas, así como a partir de ejercicios posteriores de validación. En este punto resulta obligatorio advertir la probabilidad de que la muestra no incluya la totalidad de las sentencias de restitución con un actor económico como opositor, ya que en algunos de los pronunciamientos podría no haber sido del todo clara la vinculación de la persona natural con alguna empresa, y porque el aplicativo en línea que sirve de repositorio a las sentencias no estuviera oportunamente actualizado.

Mediante el uso de fichas de lectura se consolidó la información relevante de las sentencias, la que además se sistematizó en una base de datos (Matriz 2) en la que se introdujo la información necesaria para caracterizar a los actores económicos mencionados. Finalizada esa etapa, se procedió a acotar aún más la muestra a tan solo 16 sentencias sobre las cuales se realizó una lectura y análisis más detenidos. Esta selección fue posible con base en un criterio territorial, pues se trata de aquellos pronunciamientos relativos a un área geográfica específica: la región de Montes de María. Al ahondar en el análisis de estas sentencias se esperaba obtener una perspectiva más profunda de la forma como actores económicos se habrían visto involucrados en complejos procesos de despojo territorial, ejercicio que de ninguna manera implica atribuir responsabilidad penal a tales actores económicos.

Las entrevistas

Parte del componente cualitativo de la investigación está dado por las entrevistas a profundidad realizadas a personas relacionadas directamente con el objeto de estudio. Para la sección sobre Justicia y Paz fueron entrevistadas veinte personas, entre magistrados y auxiliares judiciales de los tribunales de Justicia y Paz, así como de la Fiscalía General de la Nación, mientras que

para la sección sobre restitución de tierras se entrevistaron cinco personas entre funcionarios actuales y pasados de la Unidad de Restitución de tierras, magistrados y auxiliares de salas de Restitución de Tierras, y a una persona investigadora que ha trabajado temas de restitución y empresas. Este ejercicio fue un paso importante para entender mejor las sentencias estudiadas, pero también para comprender la forma como se trató de develar, a través de pronunciamientos judiciales, la manera en que los actores económicos participaron en el conflicto armado. Las entrevistas semiestructuradas se realizaron sin aludir a casos individuales, garantizando la confidencialidad y el anonimato de los nombres y cargos precisos de los entrevistados y entrevistadas, y giraron en torno a tres ejes: i) antecedentes, ¿sirvieron los procesos de Justicia y Paz, parapolítica y restitución de tierras para avanzar en el esclarecimiento de la participación de actores económicos en el conflicto armado?; ii) metodologías de trabajo, ¿cómo se llegó a los resultados obtenidos en cada jurisdicción, qué metodologías fueron diseñadas y utilizadas?; iii) los actores económicos en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SI-VJRNR), ¿cómo promover o garantizar la participación de actores económicos en las instancias e instituciones del Sistema Integral?

Se entrevistó a funcionarios y operadores jurídicos de diverso rango involucrados en el proceso de Justicia y Paz, de quienes se esperaba que dieran cuenta de la forma como en dicho proceso fueron apareciendo actores económicos y la manera como esta información fue tratada, así como si hubo una estrategia de investigación que permitiera identificar dichos actores en el marco de la reconstrucción de los contextos de operación de las estructuras paramilitares. También se efectuaron entrevistas semiestructuradas a funcionarios tanto de la fase administrativa como de la judicial del proceso de restitución de tierras, así como a un investigador externo especialista en temas de restitución; estas entrevistas indagaron por el efecto global del proceso de restitución de tierras en la develación de vínculos entre actores económicos y procesos de desplazamiento, abandono y despojo, así como por las metodologías que hubieran sido utilizadas en las fases administrativa y judicial del proceso de restitución para lograr dicho esclarecimiento. El capítulo 2 de este documento recopila los principales hallazgos.

ANEXO DE DATOS

MAPA 3 - GRÁFICO 4

Distribución de menciones por sector económico –Justicia y Paz– Antioquia, Chocó y Urabá				
Actividad o sector	Antioquia	Chocó	Urabá	Total
Actividades de seguridad privada	4	0	0	4
Agricultura	2	1	64	67
Comercio	81	11	11	103
Construcción	4	0	0	4
Cooperativas	0	0	8	8
Elaboración de bebidas	4	0	0	4
Extractivas	2	5	0	7
Ganadería	13	2	11	26
Industria militar	0	0	2	2
Juegos de azar y apuestas	0	1	3	4
Lácteos	1	0	0	1
Madera	1	1	5	7
NE	1	2	0	3
Pesca	0	1	0	1
Salud	0	8	0	8
Sector privado	2	0	4	6
Servicios	1	0	0	1
Suministro de electricidad	1	0	0	1
Textiles	0	0	1	1
Transporte	7	1	1	9
Total	124	33	110	267

FUENTE: elaboración propia.

MAPA 4 – GRÁFICO 5

Distribución de menciones por sector económico –Justicia y Paz– Costa Caribe								
Actividad o sector económico	Atlántico	Bolívar	Cesar	Córdoba	La Guajira	Magdalena	Sucre	Total
Actividades de seguridad privada	0	1	3	1	0	2	0	7
Agricultura	0	0	0	0	0	4	0	4
Asociaciones	0	0	0	3	0	0	0	3
Comercio	0	0	5	3	6	3	0	17
Construcción	0	1	0	0	0	0	0	1
Cooperativas	0	2	0	0	0	0	0	2
Elaboración de bebidas	0	1	2	0	0	0	0	3
Extractivas	0	1	2	0	0	0	0	3
Ganadería	0	3	18	46	0	1	26	94
Información y comunicaciones	0	0	0	3	0	0	0	3
Juegos de azar y apuestas	0	1	0	1	0	0	1	3
Lácteos	0	0	0	0	0	0	1	1
Salud	3	3	2	0	0	0	1	9
Sector privado	0	0	10	12	0	1	1	24
Servicios	0	0	0	0	0	0	1	1
Total	3	13	42	69	6	11	31	175

FUENTE: elaboración propia.

MAPA 5 - GRÁFICO 6

Distribución de menciones por sector económico –Justicia y Paz– Centro del país, Magdalena Medio y Arauca									
Actividad o sector económico	Magdalena Medio	Boyacá	C/marca.	Tolima	Arauca	Casanare	Meta	Total	
Agricultura	0	0	0	6	0	0	1	7	
Asociaciones	1	0	0	0	0	0	0	1	
Comercio	1	0	0	1	22	2	0	26	
Construcción	0	0	0	1	0	1	0	2	
Cooperativas	0	0	0	0	0	0	1	1	
Elaboración de bebidas	0	0	0	0	4	0	0	4	
Extractivas	1	13	0	5	0	1	1	21	
Ganadería	28	0	2	5	0	2	0	37	
Información y comunicaciones	1	0	0	0	0	0	0	1	
Lácteos	0	0	1	0	0	0	0	1	
Salud	1	0	0	0	0	0	0	1	
Sector privado	0	0	0	16	0	0	1	17	
Servicios financieros	2	0	0	0	0	0	0	2	
Servicios	0	0	0	1	0	0	0	1	
Transporte	0	0	0	2	3	0	0	5	
Turismo	0	0	0	3	0	0	0	3	
Total	35	13	3	40	29	6	4	130	

FUENTE: elaboración propia.

MAPA 6 - GRÁFICO 7

Distribución de menciones por sector económico –Justicia y Paz– Pacífico				
Actividad o sector económico	Cauca	Nariño	Valle del Cauca	Total
Agricultura	0	0	6	6
Asociaciones	0	1	2	3
Comercio	0	2	19	21
Información y comunicaciones	0	0	1	1
Juegos de azar y apuestas	0	1	0	1
Lácteos	0	1	0	1
Madera	0	0	2	2
Pesca	0	0	8	8
Sector privado	2	2	25	29
Servicios funerarios	0	0	2	2
Transporte	0	0	1	1
Total	2	7	66	75

FUENTE: elaboración propia.

MAPA 7 - GRÁFICO 8

Distribución de menciones por sector económico –Justicia y Paz– Santanderes			
Actividad o sector económico	Santander	Norte de Santander	Total
Actividades de casas de cambio	0	3	3
Actividades de seguridad privada	0	2	2
Agricultura	0	3	3
Asociaciones	0	1	1
Comercio	0	20	20
Construcción	0	4	4
Elaboración de bebidas	0	2	2
Extractivas	2	6	8
Ganadería	0	8	8
Industria militar	0	4	4
Servicios funerarios	0	1	1
Suministro de electricidad	0	4	4
Transporte	0	3	3
Total	2	61	63

FUENTE: elaboración propia.

MAPA 8 - GRÁFICO 9

Distribución de menciones por sector económico –Justicia y Paz– Sur de Colombia			
Actividad o sector económico	Caquetá	Putumayo	Total
Comercio	0	3	3
Correo y servicios de mensajería	0	1	1
Elaboración de bebidas	0	3	3
Extractivas	0	1	1
Ganadería	2	1	3
Total	2	9	11

FUENTE: elaboración propia.

FIGURA 1

Tabla 1. Modalidades de aportes del actor económico al grupo armado al margen de la ley – Justicia y Paz	
Coaccionados directos	57
Desaparición forzada	1
NE	56
Coaccionados indirectos	22
NE	22
NE	261
Desplazamiento forzado	10
Despojo de bienes	38
Homicidio	19
NE	213
Privación grave de la libertad	1
Tortura	1
Voluntarios directos	415
Desaparición forzada	1
Despojo de bienes	19
Homicidio	28
NE	367
Voluntarios indirectos	41
Despojo de bienes	1
NE	40

FUENTE: elaboración propia.

Autores

Sabine Michalowski

Catedrática en Derecho en la Universidad de Essex, vicedirectora de la Red de Justicia Transicional de Essex y miembro del Centro de Derechos Humanos de la misma Universidad. Ha sido profesora visitante en universidades de distintos países. Sus intereses académicos se enfocan, entre otros, en el tema de la complicidad de actores económicos en graves violaciones de los derechos humanos y en cómo enfrentarlas en procesos de justicia transicional.

Nelson Camilo Sánchez León

Abogado y doctor en derecho de la Universidad Nacional de Colombia y magíster en derecho internacional (L.L.M) de la Universidad de Harvard. Actualmente se desempeña como director de investigaciones en justicia transicional en el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), y profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, en Bogotá. Antes de integrar el equipo de Dejusticia se desempeñó como abogado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y como investigador de la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ). Ha sido además profesor visitante e invitado en universidades nacionales e internacionales.

Daniel Marín López

Politólogo y abogado de la Universidad de los Andes, máster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad Northwestern (EE.UU.). Ha sido investigador de la

línea de Justicia Transicional en el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia, asesor jurídico del programa ProFis de la Agencia de Cooperación Alemana (GIZ) y miembro del Programa de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes.

Alejandro Jiménez Ospina

Abogado de la Universidad de Medellín y especialista en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Javeriana. Actualmente cursa la maestría en Derecho con profundización en Derechos Humanos en la Universidad Nacional de Colombia. Ha sido auxiliar docente de las cátedras de Derecho Constitucional Colombiano en la Universidad Nacional de Colombia (Bogotá) y de Teoría del Derecho Internacional, y Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Actualmente es investigador del área de justicia transicional del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia.

Hobeth Martínez Carrillo

Abogado de la Universidad Nacional de Colombia y magíster en Sociología Jurídica del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. Cuenta con experiencia investigativa en temas de derechos étnicos, justicia transicional y problemáticas socio-territoriales en Colombia. En el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia ha trabajado en asuntos relativos a la implementación del Acuerdo Final de Paz, DESC y política

fiscal. Actualmente se desempeña como investigador en la línea de Justicia Transicional.

Valentina Domínguez Mazhari

Jurista de la Universidad de Estrasburgo, con maestrías en Derecho Internacional de la Universidad de Nantes y en Derecho de la Reconstrucción de los Estados de la Universidad de Aix/Marseille (Francia). Ha trabajado como periodista, docente e investigadora, y le interesan particularmente los temas relativos a los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y la justicia transicional. Se desempeñó como investigadora de la línea de Justicia Transicional del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia, y es actualmente asistente de investigación de la Red de Justicia Transicional de la Universidad de Essex.

Lina Arroyave Velásquez

Abogada de la Universidad EAFIT y estudiante de maestría en Derecho de la misma Universidad. Trabajó como asistente de investigación en el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia en la línea de Justicia Transicional, y como practicante. Actualmente es investigadora asistente del grupo Derecho y Poder, de EAFIT, donde trabaja los temas de educación jurídica y derechos humanos.

Entre coacción y colaboración

Verdad judicial, actores económicos
y conflicto armado en Colombia

Uno de los puntos centrales del Acuerdo para la Terminación del Conflicto entre el Estado colombiano y las FARC-EP fue la creación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. Este sistema incluye a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) como su componente de justicia, diseñado para cumplir con el deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos y los crímenes internacionales cometidos en el marco del conflicto armado interno.

A partir de una visión comprehensiva del conflicto, el sistema busca abordar las responsabilidades de distintos actores en las atrocidades ocurridas, así como los niveles de victimización frente a individuos, sujetos colectivos y grupos poblacionales. Por tanto, la competencia de la JEP incluye tanto a los combatientes como a los agentes estatales no combatientes y a los terceros civiles, personas que, sin pertenecer a ninguno de los bandos en confrontación, participaron en hechos y cometieron conductas de competencia de la JEP.

La tarea de esclarecer responsabilidades más allá de los combatientes genera importantes retos. En primer lugar, el concepto de “tercero civil” es difuso y debe ser claramente definido. En segundo lugar, establecer cuáles han sido las formas de participación de estos actores indirectos con el conflicto no siempre es sencillo.

Es por ello que en el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia y la Universidad de Essex decidimos analizar las implicaciones de este marco de rendición de cuentas frente al rol de los “actores económicos” dentro del conflicto armado colombiano. Si bien es claro que muchos de los actores económicos carecen de responsabilidad en el conflicto y otros han sido, de hecho, víctimas de este, diversas investigaciones académicas y judiciales han demostrado que algunos sí tuvieron un papel determinante en el origen, el desarrollo y la perpetuación de los ciclos de violencia armada en el país.

Para analizar este tema, el libro se compone de dos partes. En la primera, el trabajo recopila, analiza y presenta información sobre las menciones a actores económicos que presuntamente habrían participado en el conflicto armado colombiano hechas por jueces de Justicia y Paz, parapolítica y Restitución de Tierras. En la segunda, el libro reconstruye conceptos jurídico-penales de derecho nacional e internacional que pueden permitir abordar de la mejor manera posible la responsabilidad de actores económicos por hechos cometidos en el marco del conflicto desde las instituciones de justicia colombianas.

ISBN 978-958-5441-44-6



9 789585 441446